

La résiliation abusive du contrat de travail

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

ANDRÉ BILLETER

DE MÄNNEDORF

Licencié en droit

IMPRIMERIE DELACHAUX & NIESTLÉ S. A., NEUCHÂTEL

1952

**LA RÉSILIATION ABUSIVE
DU CONTRAT DE TRAVAIL**

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Le Conseil de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la thèse de Monsieur ANDRÉ BILLETER, intitulée *La résiliation abusive du contrat de travail*. Il ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 9 janvier 1952.

Le doyen de la Faculté de droit,
ANDRÉ GRISEL.

La résiliation abusive du contrat de travail

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

ANDRÉ BILLETER

DE MÄNNEDORF

Licencié en droit

IMPRIMERIE DELACHAUX & NIESTLÉ S. A., NEUCHÂTEL

1952



AVANT-PROPOS

Le problème de la résiliation abusive du contrat de travail est peu connu en Suisse, alors qu'il intéresse depuis plus d'un demi-siècle les juristes français et allemands.

Il n'y a guère qu'une quinzaine d'années que la doctrine suisse s'est penchée sur cette question et qu'elle pose le thème d'une manière brève.

A notre connaissance, il n'existe pas, en Suisse, d'étude d'ensemble traitant cette question. Nous nous sommes efforcé de combler cette lacune.

Notre plus sincère gratitude va aux personnes qui nous ont aidé et encouragé dans notre travail et particulièrement à M. A. Grisel.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547925_0024

ABRÉVIATIONS

1. Abréviations générales :

Al.	alinéa
Art.	article
Ch.	chapitre

2. Droit suisse :

Actes soc. jur.	Actes de la société suisse des juristes
A.T.F.	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel
Av.-proj.	Avant-projet
Av.-proj. 1945	Avant-projet d'une loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers de 1945
Bl.Z.R.P.	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
Bul. jur. trav.	Bulletin de jurisprudence du travail
C.C.	Code civil suisse
C.O.	Code fédéral des obligations
F.F.	Feuille fédérale
Fich. jur.	Fiches juridiques suisses
Gewerks. Rund.	Gewerkschaftliche Rundschau
J. d. T.	Journal des Tribunaux
L. fab.	Loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 18. 6. 1914
Proj. 1948	Projet Germann-Hug
Proj. L.T.	Projet de loi sur le travail de 1950
Proj. suisses	Avant-projet de 1945 et projet L.T.
R. dr. s.	Revue de droit suisse
R. s. jur.	Revue suisse de jurisprudence
R. synd. s.	Revue syndicale suisse
Sem. jud.	La semaine judiciaire
Variante	Rahmengesetz über die Arbeit im Gewerbe und Handel von Siegrist, Zanetti und Jenzer
Vie éc.	La vie économique
Wirt. u. R.	Wirtschaft und Recht
Z.B.J.V.	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

3. Droit français :

C.C.fr.	Code civil français
Cas.	Cour de Cassation française
C. trav.	Code de travail français
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz

3. *Droit français (suite) :*

D.A.	Dalloz analytique
D.C.	Dalloz critique
D.H.	Dalloz hebdomadaire
D.P.	Dalloz périodique
Dr. soc.	Droit social
G. trav.	Guide du travail
Jur.-cl. trav.	Juris-classeur du travail
Kréher	Code de travail annoté par J. Kréher et B. Feuilly
Q. prud.	Questions prud'homales ¹
Rev. trim.	Revue trimestrielle
S.	Recueil de jurisprudence Sirey

4. *Droit allemand :*

B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch
B.R.G.	Betriebsrätegesetz
d. Arb.	Die Arbeit
Entw. K. 1950	Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes
Gew. O.	Gewerbeordnung
H.G.B.	Handelsgesetzbuch
K.O.	Konkursordnung
Künd. sch. G.	Kündigungsschutzgesetz
Mutt. sch. G.	Mutterschutzgesetz
O.N.A.	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
Schwer. bes. G.	Schwerbeschädigtergesetz
R. d. Arb.	Recht der Arbeit

¹ Paraît, dès novembre 1950, sous le nom de *L'informateur du chef d'entreprise*

INTRODUCTION

La notion d'abus est connue des législations anciennes et modernes, mais celle de résiliation abusive¹ du contrat de travail est contemporaine. L'histoire joue un rôle effacé dans le présent travail; en revanche, l'étude du droit français et du droit allemand, qui tous deux ont une législation, une doctrine et une jurisprudence en matière d'abus de la résiliation des rapports de services entre employeurs et employés, s'est révélée indispensable.

Le droit positif suisse ne contient aucune règle spéciale sur la résiliation abusive du contrat de travail. Le code des obligations prévoit dans ses articles 319 et suivants des règles traitant du contrat de travail² et plus particulièrement, dans ses articles 345 et suivants, des dispositions sur la fin de ce contrat. Le législateur a fait une distinction entre contrat de travail conclu pour une durée déterminée (art. 345 et 346 C.O.) et contrat de travail conclu pour une durée indéterminée (art. 347 à 351 C.O.). S'il tombe sous le sens que le contrat de la première espèce prend fin à l'expiration du temps prévu et que l'extinction des rapports contractuels ne peut causer, en principe, aucun effet juridique spécial, il en est autrement du contrat de la seconde espèce. Car, si la durée du contrat n'est déterminée ni par la convention, ni par le but en vue duquel le travail a été promis, chacune des parties peut donner congé³; la cessation du contrat peut entraîner des conséquences d'ordre matériel ou moral qui sont plus ou moins durement ressenties.

Lorsque la partie congédiée n'a commis aucune faute, elle est armée, théoriquement tout au moins, pour se défendre contre l'auteur d'une résiliation abusive ou contraire aux mœurs grâce aux articles

¹ Missbräuchliche Kündigung.

² Dienstvertrag.

³ Art. 347, al. 1 C.O.

2 C.C. et 20 C.O. Mais l'article 2 C.C. semble n'avoir jamais encore été appliqué en cette matière. Comme la plupart des conflits résultant des relations de travail ressortissent aux tribunaux de prud'hommes, il est possible que ces derniers aient eu à trancher quelques cas isolés, mais on ne peut pas parler de jurisprudence.

A propos du congé, la loi dit que, donné à et pour une date déterminée, il met fin au contrat ¹. C'est tout.

Le droit suisse se place donc, contrairement à d'autres législations, sur le terrain de la liberté contractuelle. « Les parties sont libres de conclure un contrat de travail et de le dénoncer sans que soit nécessaire une intervention du juge venant dire si la partie qui dénonce avait ou non des motifs raisonnables de le faire. Le contrat de travail n'est, à cet égard, pas traité différemment des autres rapports juridiques durables. La seule limitation à la liberté des parties réside dans le fait que les délais conventionnels de congé ² ne peuvent être dissemblables pour l'employeur et pour l'employé (art. 347, 3^e al.). ³ »

Il est vrai que, dans sa quatrième édition allemande, Guhl parle d'une tendance qui se fait jour en Suisse de prévoir dans les contrats à long terme — ou si rien n'a été stipulé, d'autoriser le juge à fixer — une indemnité de départ ou indemnité de licenciement ⁴; mais elle ne doit pas être confondue avec d'autres indemnités et tout particulièrement avec celle qui devrait résulter d'une résiliation abusive du contrat.

La citation de Guhl résume bien l'état actuel du droit suisse concernant le contrat de travail; une telle conception ne peut, toutefois, plus donner entière satisfaction; elle est dépassée par les événements et par les idées que l'on se fait des relations entre employeur et employé d'une part, et des conséquences juridiques, économiques, sociales et morales que ces rapports impliquent, d'autre part.

¹ Cf. art. 347, al. 2 C.O.

² L'art. 351 C.O. prévoit un droit de résiliation et un délai *légal* dont ne bénéficie que le subordonné.

³ Guhl, p. 285.

⁴ *Bulletin de jurisprudence du travail*, XIII^e année, p. 103 : Cependant, une indemnité de départ a été refusée parce qu'il « n'existe pas d'obligation légale de verser une indemnité pour perte d'emploi ». Selon la législation en vigueur, l'employeur qui respecte les délais légaux et « congédie une ouvrière à son service depuis vingt ans, ne peut être responsable de la perte d'emploi » : Tribunal des prud'hommes de Berne, 19. 10. 1945. Toutefois, une indemnité de départ est prévue par : l'avant-projet 1945, art. 17 à 20; le projet 1948, art. 59; la variante, art. 13.

Il apparaît donc que, dans bien des cas, la seule observation d'un délai de congé devrait être insuffisante pour rompre purement et simplement un contrat de travail.

Les auteurs de l'avant-projet d'une loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers ¹ de 1945 et du projet de loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires ² de 1950 ont voulu, par de nouvelles dispositions sur les résiliations abusives, assurer aux employés ³ une protection plus efficace que sous l'empire de la législation actuelle.

Sans anticiper sur le travail que nous allons présenter et sur la construction juridique que nous nous efforcerons d'établir, disons qu'il importera de préciser, en citant des exemples et en proposant une réglementation, le caractère abusif que peut avoir une résiliation du contrat de travail.

Comme nous l'avons dit, la question s'est déjà posée et a trouvé des solutions dans quelques pays. Nous examinerons dans quelle mesure les règles françaises et allemandes peuvent être accueillies chez nous.

L'objet essentiel de notre thèse sera de démontrer :

1. qu'une construction juridique basée exclusivement sur l'art. 2 C.C., taxant d'abusives une résiliation du contrat de travail, présente des inconvénients sérieux;

2. que les art. 345 et s. C.O. laissent percevoir une lacune qui doit être comblée et peut l'être sans enfreindre les principes généraux du droit public et du droit privé suisses;

puis de proposer :

3. une solution juridique et pratique au problème de la résiliation abusive du contrat de travail.

Pour atteindre ce but, nous nous sommes inspiré des principes suivants :

¹ Art. 14 et 15.

² Connue sous le nom de « Loi sur le travail », art. 85.

³ Ce terme d'employé est pris dans son sens large; il désigne la partie subordonnée et présume qu'elle est économiquement la plus faible.

1. le droit de résilier unilatéralement un contrat de travail est une liberté de tout contractant;
2. mais l'exercice de cette liberté est limité et peut donner lieu à des dommages-intérêts;
3. cette limitation est dictée principalement par des considérations économiques et sociales;
4. l'intensité de cette limitation dépend des circonstances particulières de chaque cas;
5. la théorie de l'abus des droits permet de déceler l'exercice excessif du droit de résiliation et de fixer le montant de l'indemnité, selon la gravité de la faute et de ses conséquences;
6. les difficultés pratiques qui ne peuvent manquer de résulter de l'application du principe très large de l'abus des droits doivent inciter le législateur à guider l'autorité judiciaire et à favoriser une jurisprudence uniforme sur tout le territoire suisse, en procédant par voie d'exemplification.

PREMIÈRE PARTIE

L'abus et la résiliation du contrat de travail

CHAPITRE PREMIER

Exposé du problème

Le contrat de travail crée des liens juridiques entre employeur et employé; ces liens peuvent être rompus pour différents motifs qui sont prévus dans le C.O. aux art. 345 et s.

Il s'agit là de modes de ruptures *légaux* auxquels les parties ne peuvent déroger qu'exceptionnellement.

L'unique cas digne d'intérêt est, à notre point de vue, le *congé* mentionné aux art. 347 et s. C.O. Le congé ou la résiliation, « c'est la déclaration par laquelle une partie dénonce à sa contrepartie sa volonté de mettre fin au contrat »¹.

Le congé, *acte unilatéral*², peut être donné, en principe, n'importe comment, n'importe quand et n'importe où, et déploie ses effets à réception par la partie adverse.

Toute contestation que pourrait soulever une dénonciation incomplète, imparfaite, conditionnelle ou qui serait suivie d'un retrait est ici, à dessein, passée sous silence; elle est étrangère au problème de la résiliation abusive.

¹ Définition de Béguelin : *Cours de droit des obligations*, Université de Neuchâtel, 1932-1935.

² C'est un droit formateur résolutoire : cf. von Thur, p. 20.

On suppose toujours un congé parfait quant à la forme et répondant aux conditions générales de fond, exigées par la loi ou fixées par la convention.

En droit suisse, chacune des parties peut donner congé et la rupture du contrat intervient dans les délais fixés aux art. 347 et s. C.O.

En y regardant de plus près et en songeant à quelques cas pratiques, on constate que les liens juridiques entre employeurs et employés peuvent être rompus *en droit* par le congé, mais *qu'en fait*, ils peuvent l'être par un *abus*.

Premier exemple : Un ouvrier donne, depuis une vingtaine d'années, entière satisfaction à son patron; ce dernier, par hasard, apprend que son subordonné fait partie d'une secte religieuse licite¹ et même honorable, mais qui n'a pas l'heur de lui plaire; respectant les délais de congés légaux², le patron résilie le contrat.

Deuxième exemple : Un ouvrier qui également donne toute satisfaction est renvoyé dans le délai légal; son patron, militant radical, ne tolère pas qu'il ait accepté un mandat de conseiller général socialiste³.

Ces deux exemples sont pris au hasard; ils n'ont rien de limitatif. Nous aurons d'ailleurs l'occasion d'en analyser bien d'autres.

Ce qu'il importe pour le moment de retenir, c'est que, dans ces deux cas, le congé peut être, en principe, valablement donné en Suisse, car la résiliation n'est soumise qu'à deux conditions : la déclaration de congé puis l'observation du délai-congé⁴. A notre connaissance, l'art. 2 C.C. n'a jamais été appliqué dans ce domaine.

En revanche, dans de telles éventualités, les juristes français⁵ et allemands⁶ estiment qu'il est intolérable qu'un congé puisse être donné purement et simplement parce qu'il y a là un véritable abus qui

¹ Ou pour prendre un autre exemple, un parti politique ou un syndicat professionnel licites.

² Art. 347 et s., C.O.; art. 21, L. fab.

³ L'exemple serait également valable si les parties avaient une opinion politique contraire. En outre, nous laissons momentanément de côté les cas de résiliation abusive émanant de l'employé.

⁴ Le droit suisse connaît quelques dérogations : art. 23 et 69 L. fab.; L. féd. du 1. 4. 1949 restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire.

⁵ ROUAST et DURAND, p. 389 et s.; DURAND et VITU, p. 872 et s.; 866 et s.; JOSSE-RAND, p. 192 et s.

⁶ MAUS, p. 328 et s.; SAVAÈTE, p. 44 et s.; p. 151 et 152.

doit être sanctionné. Ces deux pays ont légiféré en la matière, d'une façon différente, mais qui aboutit à des résultats analogues.

Influencés par les normes françaises et allemandes, mais tout spécialement par ces dernières, les experts des commissions qui ont mis au point le projet d'une loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires de 1950, se sont efforcés de chercher une solution au problème de l'abus dans la résiliation du contrat de travail. Ils sont partis de l'idée juste que l'auteur d'une résiliation peut encourir une responsabilité en cas de rupture injustifiée du contrat, car, en principe, tout droit est susceptible d'abus.

CHAPITRE II

Abus des droits

SECTION 1. HISTORIQUE

Les hommes, dès qu'ils ont atteint un certain degré de civilisation, ont fait des lois pour organiser leur société; ils ont senti très tôt le besoin de recourir à l'*équité* pour parer aux inconvénients de la rigidité du droit. L'esprit d'équité, qui est en quelque sorte le *fondement moral* du droit, a donné naissance à une théorie célèbre : la théorie de l'abus des droits ¹.

Les Romains se sont fait une idée très élevée du droit dans le sens moral du terme ², ce qui ne les a pas empêchés d'avoir des adages de sens complètement opposé ³. Mais la victoire est revenue au *summum jus, summa injuria* ⁴.

Dans l'ancien droit français, on trouve des manifestations de la théorie de l'abus des droits; ainsi, dans l'ordonnance de Villers, en 1539, l'*exercice antisocial* du droit est condamné ⁵; il faut interpréter les coutumes *ex bono et aequo*. Prieur ⁶ cite un arrêt du parlement d'Aix de 1577 qui, faisant droit aux doléances d'un avocat, condamna un

¹ MARSON, p. 5.

² Cf. MONNIER, *Cours élémentaire de droit romain*, 1927, p. 7 : les définitions du droit : « Jus est ars aequi et boni » (CELSUS), « Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere » (ULPIEN).

³ D'une part : « dura lex, sed lex », « qui suo iure utitur neminem laedit », « Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur »; d'autre part : « summum ius, summa injuria », « malitiis non est indulgendum » qui constituent une ébauche de la future théorie de l'abus des droits.

⁴ Cf. MARSON, p. 5 et JOSSEAND, p. 4.

⁵ MARSON, p. 11.

⁶ P. 15.

cardeur de laines, lequel, tout en travaillant, chantait à gorge déployée pour importuner l'homme de robe.

La période révolutionnaire n'a pas été favorable à l'évolution de la théorie de l'abus des droits; c'est l'évidence même. Période de l'absolutisme des droits subjectifs, elle a vu naître un droit individualiste. Comme le dit justement Marson ¹, « la fameuse Déclaration des Droits de l'Homme n'est pas contrebalancée par une Déclaration des Devoirs ».

Qu'en est-il de la période contemporaine ², durant laquelle se créent, entre employeurs et employés, de nouveaux rapports qui font l'objet de contrats plus ou moins librement conclus sous le nom de louages de services et plus tard de contrats de travail? Selon l'accueil fait à la théorie de l'abus des droits en matière contractuelle, on peut classer les législations en deux groupes ³:

1. *Les législations absolutistes* qui refusent en principe d'admettre la doctrine de l'abus des droits; il s'agit de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis, où il y a tout de même quelques dérogations.

En matière contractuelle, Pollock dans *The law of torts* « expose qu'un patron peut congédier un employé à son gré pourvu qu'il respecte les délais d'usage. L'intention n'a aucune espèce d'importance, et l'acte est parfaitement valable, même si le patron a agi *maliciously* ».

Lorsqu'ils ont dérogé au principe, les Etats-Unis s'en sont tenus à une conception objective de l'abus du droit de résiliation du contrat de travail; ils ont simplement recherché si le *but* poursuivi était *économiquement nuisible*.

2. *Les législations relativistes* comprenant :

a) celles qui sont favorables à la doctrine de l'abus des droits, sans avoir une réglementation spéciale sur la question.

Citons, en premier lieu, le droit français, puis le droit belge, dont la jurisprudence en matière de résiliation du contrat de travail est importante et semblable à celle de la France, enfin les droits espagnol et italien;

b) celles qui renferment un texte spécial sur l'abus des droits. C'est d'abord le code civil de l'Allemagne où le critère *intentionnel* pré-

¹ P. 13.

² JOSSEMAND, p. 279 et s.

³ Cf. MARSON, p. 93 et s.

domine ¹; puis celui de l'U.R.S.S. qui ², comme le Code civil suisse ³, fait appel à un critère *social* et *fonctionnel*; enfin, le code civil autrichien ⁴.

C'est en 1849 que, pour la première fois en France, appliquant l'art. 1382 C.C.fr. ⁵, « la Cour de Rouen accorde à un commis des dommages-intérêts pour *renvoi subit* et *imprévu*, sans circonstances graves, à cause du *préjudice subi* » ⁶. Malgré une évolution constante de son droit du travail, le législateur français n'a pas modifié, ces dernières années, sa législation sur la résiliation abusive du contrat de travail, celle-ci étant suffisante ⁷.

L'Allemagne, au contraire, pendant la domination hitlérienne, a abrogé une foule de lois datant de la période impériale et de celle de la République de Weimar; pendant les deux années qui ont suivi la fin de la deuxième guerre mondiale, le droit national-socialiste a subi le même sort que les règles précédentes; maintenant, plusieurs de ces dernières sont ressuscitées, ce qui rend l'étude contemporaine du droit allemand assez difficile ⁸. Cependant, le principe de la résiliation abusive du contrat de travail est resté le même dans ses grandes lignes, tendant toujours à protéger la partie contractante économiquement la plus faible ⁹.

¹ Art. 226 B.G.B. : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui »; c'est le « Schikaneverbot »; — art. 826, B.G.B. : « Quiconque intentionnellement cause un dommage à autrui d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs est obligé envers cet autre à la réparation du dommage »; — les art. 621 à 626 B.G.B. interdisent l'exercice anormal du droit de résilier et l'art. 627 prohibe la dénonciation à contretemps.

² « Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale. »

³ Art. 2 C.C.

⁴ L'art. 1295, al. 2, rend responsable celui « qui exerce son droit au mépris des bonnes mœurs et avec l'intention évidente de nuire ».

⁵ « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

⁶ D.P. 1850, 2, 47, cité par DUPONT, p. 17.

⁷ Art. 1780 C.C. fr.; lois des 27. 12. 1890, 19. 7. 1928 et 5. 2. 1932; la loi du 4. 9. 1942 subordonne tout congédiement et toute résiliation du contrat de travail à l'autorisation préalable des services de l'inspection du travail.

⁸ SAVAËTE, p. 4 : « Das Arbeitsrecht befindet sich heute in einer Periode der Unsicherheit und des Übergangs. »

⁹ B.G.B. vom 18. 8. 1896, §§ 620 u. ff.

Gew. O. vom 26. 6. 1900, §§ 122 u. ff.

H. G. B. vom 10. 5. 1897, §§ 66 u. ff.

K.O. vom 10. 2. 1877 und 20. 5. 1898, § 22.

B.R.G. vom 4. 2. 1920, §§ 84 u. ff. (suite p. 20)

La Suisse ne connaît pas de telles dispositions; toutefois, des avant-projets et des projets de lois dont nous parlerons par la suite ont vu le jour; leurs auteurs se sont efforcés de résoudre le problème de l'abus dans la résiliation du contrat de travail.

SECTION 2. NOTIONS

L'homme de loi emploie fréquemment l'expression « *exercice ou usage abusif d'un droit* » qui n'est pas satisfaisante. En effet, lorsqu'un sujet de droit commet un abus, il n'y a plus qu'*apparence* d'exercice d'un droit car, en réalité, le droit est dépassé et il y a un acte accompli sans droit ¹. Ajoutons que l'expression assez courante d'« abus de droit » fait l'objet de critiques parce qu'elle n'est pas claire; il faut lui préférer abus *d'un droit*, abus *des droits* ou même abus *du Droit* ².

Il est dangereux d'affirmer qu'un sujet de droit peut exercer sa prérogative librement, tant qu'il ne va à l'encontre d'aucune règle légale précise ³. En effet, une telle assertion créerait des situations pratiquement et socialement inadmissibles; elle aboutirait à reconnaître la légitimité des pires exactions sous le couvert de l'exercice d'un droit ⁴. Une *certaine limitation* de l'exercice de tout droit est humainement désirable; mais elle varie selon des conceptions plus morales que juridiques.

Chez nous, comme ailleurs, la doctrine et la jurisprudence ont

Schwer. bes. G. vom 12. 1. 1923, § 13.

Angestelltengesetz vom 9. 7. 1926.

Mutt. sch. G. vom 16. 7. 1927, § 4.

O. N. A. vom 20. 1. 1934, §§ 56 u. ff.

Kündigungsgesetze :

Nr. 76 Bayern, Künd. sch. G. vom 1. 8. 1947.

Künd. sch. G. Württemberg-Baden vom 18. 8. 1948.

Nr. 707 Württemberg-Baden über den Kündigungsschutz der politisch Verfolgten vom 8. 10. 1947.

Entw. K. und Kündigungsschutzgesetz vom 10. 8. 1951.

¹ CHARRIÈRE, p. 73; PERROCHET, p. 50.

² Cf. PRIEUR, p. 19 et RIPERT, p. 158.

³ PLANIOL, cité par CHARRIÈRE, p. 73, est trop absolu et n'aide pas à résoudre la question quand il affirme qu'il « ne saurait y avoir abus d'un droit quelconque pour la raison qu'un acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit ». Un acte peut être conforme au droit, mais contraire au Droit; cf. PRIEUR, p. 17.

⁴ PRIEUR, p. 14.

toujours différencié la *violation* d'un droit, de l'*abus* d'un droit ou de l'acte abusif à raison de l'intention qui anime l'auteur de cet acte¹. On entend distinguer le cas où l'auteur du dommage est sorti des limites de son droit tracées par la loi et celui où il y est resté; seulement dans la deuxième éventualité, il peut y avoir abus d'un droit.

A propos de l'abus des droits, la doctrine a eu diverses attitudes : l'école *scientifique* rejette cette notion, car elle estime que c'est se livrer à une « logomachie »² que de parler d'abus d'un droit; le *positivisme* qui nie toute idée de droit subjectif² écarte en bonne logique la notion d'abus; sur le plan *moral*, on peut admettre que l'abus des droits est contraire au devoir de charité², d'ailleurs, la théorie de l'abus des droits est tout entière inspirée par l'idée morale³; si la majorité des juristes admettent cette notion, c'est sous l'influence du *rationalisme libéral*; et c'est pour éviter toute exagération, soit sentimentale, soit rigoriste, que ces jurisconsultes proposent comme critère de l'abus des droits : l'intention de nuire qui motive l'exercice d'un droit².

Depuis 1905, année où Josserand fit paraître, sous le titre *De l'abus des droits*, la première édition de son ouvrage *De l'esprit des droits et de leur relativité*⁴, la théorie de l'abus des droits est construite et exposée. La doctrine et la jurisprudence la développèrent, le législateur français en consacra plus tard l'existence⁵ dans le domaine de la résiliation du contrat de travail.

Il s'agit de la *relativité des droits* et, en conséquence, d'une théorie qui conduit à admettre que les droits, même les plus sacrés, sont susceptibles d'abus⁶. GénY⁷ affirme que tout le droit n'est pas enfermé dans la légalité et Josserand⁸ dit qu'il y a abus parce que la volonté du sujet de droit dont il émane se trouve en contradiction avec l'intention du législateur et l'esprit d'une institution; on pourrait ajouter : avec la volonté des parties contractantes ou de l'une d'elles. Pensons à un contrat compliqué qui est susceptible de plusieurs interprétations et dont une partie cherche à abuser.

¹ SOURY, p. 180.

² SOURY, p. 181.

³ RIPERT, p. 158.

⁴ Paru en 1927, puis la 2^e édition en 1939.

⁵ Loi du 19. 7. 1928 qui modifie l'art. 23, Livre I, C. trav.

⁶ PRIEUR, p. 17 et cf. RIPERT, p. 181.

⁷ Cité par JOSSERAND, p. 2.

⁸ Cité par CHARRIÈRE, p. 74.

C'est d'une question de délimitation¹ de nos droits qu'il s'agit. Nous sommes, dès lors, à la recherche d'un ou de plusieurs critères permettant de déceler l'exercice excessif du droit de résiliation du contrat de travail. Le domaine dans lequel nous évoluons est celui des *cas d'espèces*; il n'est guère possible de formuler une clause générale satisfaisante qui embrasse tous les cas d'abus des droits, parce que la notion même d'abus d'un droit se dérobe à toute définition précise.

Il s'ensuit qu'il est impossible de préciser dans un texte légal tous les cas d'abus du droit de résiliation du contrat de travail. Cette constatation aura une importance primordiale quand on abordera les conclusions pratiques. En outre, l'abus des droits étant essentiellement une *théorie jurisprudentielle* qui commence là où le texte légal s'arrête, le législateur édictera avec profit une règle contenant une énumération de cas les plus fréquents, pour faciliter la tâche du juge et renseigner le justiciable.

SECTION 3. CRITÈRES

§ 1. IMPRÉCISION DES CRITÈRES ADMIS

Il n'existe pas un nombre limité de cas d'abus d'un droit; de même, il n'y a pas un nombre limité de critères de l'abus d'un droit; ces derniers sont formulés d'une manière générale; on tente ainsi d'en reconnaître ou d'en découvrir un nombre déterminé pour une institution juridique donnée. Mais la théorie de l'abus est essentiellement évolutive²; en conséquence, les critères subissent la loi de cette évolution. On peut en conclure que non seulement le nombre des critères peut changer, mais que ceux-ci peuvent se modifier dans le temps et dans l'espace.

C'est la doctrine et la jurisprudence qui révèlent les critères.

Notre maître, feu M. le professeur Béguelin³, donnait deux critères de l'abus des droits *en général* :

1. Un critère objectif, celui du but social : droit exercé contrairement à son but.

¹ MARSON, p. 6 et cf. CHARRIÈRE, p. 74 : les droits sont « limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions diverses »; mais une réglementation peut être insuffisante.

² MARSON, p. 164.

³ Cours de droit des obligations professé à l'Université de Neuchâtel : 1932-1935.

2. Un critère subjectif, celui de l'intention de nuire : droit exercé précisément dans l'intention de nuire.

D'autre part, dans sa thèse, Marson¹ énonce trois critères de l'abus des droits *en matière contractuelle*, domaine qui nous intéresse tout particulièrement :

1. L'intention de nuire.
2. L'absence d'intérêt légitime.
3. Le détournement du droit de sa fonction sociale.

C'est à dessein que nous citons ces deux auteurs parce qu'il pourrait sembler, après les avoir entendus ou lus, que le nombre des critères est limité; tel n'est cependant pas le cas.

Il est inutile de mentionner tous les auteurs et les critères qu'ils proposent²; cependant, il est indiqué de faire quatre remarques : d'abord, nous n'avons pas trouvé deux juristes qui énumèrent exactement les mêmes critères; ensuite, maintes fois, des critères identiques ne sont pas formulés de la même façon³; en outre, deux critères différents peuvent avoir des éléments communs; enfin, un acte peut présenter des éléments de critères différents. Quand le Tribunal fédéral⁴ dit que la personne qui fait d'un droit un *usage différent* de celui qui était prévu légalement *et* en vue d'un *but non protégé* par la loi commet un abus de droit, il fait mention de deux critères alors qu'un seul aurait suffi; en effet, l'acte auquel l'un ou l'autre de ces critères s'applique doit être taxé d'abusif.

¹ Paris, 1935, p. 139 et s.

² Le lecteur que la question intéresse peut comparer :

CHARRIÈRE, p. 80 et s.; DU PASQUIER dans *Recueil des travaux*, p. 211 et s. et p. 216 et s.; DUPONT, p. 57 et s.; EGGER, p. 72, N° 23 et s.; FERRAND, p. 156; Fiche juridique N° 90; GRISEL, p. 520; JOSSEAND, p. 364 et s.; KNAPP, J. d. T., 1940, p. 258 et s., spécialement p. 263; PERROCHET, p. 236 et s.; PRIEUR, p. 19 et s.; RENARD, p. 121; RIPERT, p. 157 et s., plus spécialement p. 164, 167, 171, 172, 179 à 181; ROSSEL et MENTHA, p. 63 et s.; SOURY, p. 182 et 183; TUOR, p. 40 et A.T.F. 1914, 2, 124; J.d.T. 1946, p. 386 et s., cons. 3; Loi, doctrine et jurisprudence allemandes : MAUS, p. 333 et s. et SAVAÈTE, p. 44 et 151 et s.

³ « Les matériaux sur lesquels travaille la science du droit positif sont les différentes règles en vigueur dans une collectivité et — puisqu'il faut toujours y remonter — les différentes sources d'où elles découlent. Nés à des époques diverses, inspirés par des *circonstances* multiples et changeantes, ces impératifs du droit peuvent procéder parfois d'idées opposées, présenter des *limites confuses* et même se heurter » : DU PASQUIER, *Introd. à la th. gén.*, p. 139, N° 158 (c'est nous qui soulignons).

⁴ Répertoire général, 1925-1934, p. 61.

§ 2. ETUDE DES CRITÈRES

1. Le critère le plus courant — qui longtemps a été considéré comme le seul de l'abus d'un droit ¹ — est *l'intention de nuire* ². Mais, comme il résulte de ce que l'on a dit ³, l'abus n'apparaît et ne peut faire l'objet d'une sanction que lors de l'exercice d'un droit. En conséquence, aussi longtemps que l'intention en reste au stade mental, il n'y a pas d'abus juridique ⁴.

Ce critère n'est pas parfait, car on ne peut pas dire que, pour qu'un droit soit exercé abusivement, il faut et il suffit que l'intention de nuire soit prouvée ⁵. Ferron ⁶ a fait remarquer avec raison que l'intention de nuire, même prouvée, ne rend responsable l'individu agissant dans les limites de son droit que si l'acte incriminé ne correspond à *aucune utilité licite*.

L'intention de nuire n'est donc pas suffisante, à elle seule, pour déceler l'abus; c'est surtout le défaut d'utilité de la mesure prise qu'il s'agit de prouver; tâche difficile, quoique le *résultat de l'acte* permette souvent de constater ce manque d'utilité.

La question peut présenter des difficultés lorsque l'auteur ne nie pas le préjudice causé à autrui, mais est en même temps guidé par la pensée égoïste de profiter de son acte ⁷. De toutes façons, lorsqu'un acte a une *double cause*, l'une illicite, l'autre licite, il faut admettre que le seul motif licite ne suffit pas à justifier son exercice ⁸. Il est nécessaire de rechercher le principal motif et de conclure à l'instar de Josserand ⁹ que l'intention de nuire est constitutive d'abus du moment qu'elle a été principale, déterminante, et c'est au juge qu'il incombe

¹ Cf. PRIEUR, p. 19.

² Cf. Flch. jur., N° 90 : Schikaneverbot : interdiction de nuire.

³ Ch. II, section 2; cf. en outre : JOSSERAND, p. 341; GRISEL : J. d. T. 1945, p. 169, citant GMÜR.

⁴ VON TUHR, p. 156 : « Les faits de la vie psychique, par exemple des souhaits, des pensées et des sentiments non exprimés, n'ont que par exception une portée juridique » (Ex. la présomption). En outre, l'existence d'un dommage est l'une des conditions essentielles de l'applicabilité du deuxième al. de l'art. 2 C.C. : ROSSEL et MENTHA, p. 66.

⁵ MARSON, p. 140.

⁶ S. 1905. 2. 17 : note; en outre, WAHL, cité par MARSON, p. 72, dit que l'usage abusif s'entend non seulement de la résiliation dans le but de nuire, mais d'une faute, c'est-à-dire de l'absence de toute raison sérieuse.

⁷ RIPERT, p. 172.

⁸ Cf. RIPERT, p. 173.

⁹ P. 377.

de rechercher si, dans l'espèce qui lui est soumise, elle a joué un rôle de premier plan.

En pratique, cette *pesée des motifs* peut provoquer des contestations, car les difficultés inhérentes à la recherche subjective, psychologique, du motif déterminant et à l'appréciation de la moralité de ce mobile, ne doivent pas être négligées; en outre, tel but qui aurait paru jadis immoral ou abusif peut être maintenant admis et inversement ¹.

Comment faut-il juger une partie au contrat qui, avec intention de nuire, s'enrichit par l'acte unilatéral qu'elle commet ? L'importance de ce problème semble tout spécialement grande en matière de résiliation du contrat de travail. Un patron fait l'acquisition d'une machine, double de ce fait son chiffre d'affaires et diminue ses frais généraux. Il profite de cette transformation pour renvoyer un ouvrier contre lequel il avait une vieille rancune inavouée. La question est très difficile à apprécier, le patron étant maître de l'organisation de son usine; il est seul juge, en principe, des modifications à y apporter. L'intention de nuire sera pour le juge un motif profond impossible à découvrir, d'autant plus que l'employé sera incapable de faire la preuve de l'abus.

2. Un autre critère est l'*absence d'intérêt légitime*. Ce critère allie un élément subjectif à un élément objectif ². L'élément subjectif, c'est la recherche d'un intérêt et l'élément objectif, c'est l'appréciation de la légitimité de cet intérêt.

Il ne faut pas qu'un salarié soit renvoyé pour des raisons futiles de l'usine dans laquelle il travaille ³. Dans de telles circonstances, la réalité et l'importance de l'intérêt d'un patron sont des questions d'appréciation qui rentrent dans les attributions du juge.

Le juge qui estime qu'une personne n'a retiré et ne pouvait espérer retirer objectivement aucun profit de l'acte par lequel elle a causé un dommage à autrui ⁴, doit appliquer l'art. 2 C.C. ⁵.

¹ Cf. MARSON, p. 143 et 144.

² CAMPION, cité par MARSON, p. 148.

³ Cf. A.T.F. 57. 2. 262 : « Celui qui exerce un droit de façon à léser les droits d'autrui, alors qu'il pourrait éviter de causer ce préjudice sans nuire à ses intérêts », commet un abus de droit.

⁴ Cf. MARSON, p. 150 : « Cet acte est condamné comme économiquement mauvais. »

⁵ Notons que l'intérêt personnel peut ne pas coïncider avec l'intérêt légitime. Cf. PLANIOL, cité par RIPERT, p. 163, note 3 : « Il se produit des variations considérables et continuelles dans l'idée que les hommes se font sur l'étendue de leurs droits. »

Comme le précédent, ce critère ne semble pas non plus être suffisant, car, à lui seul, il ne permet pas de délimiter la légitimité de l'intérêt.

3. Pour apprécier la légitimité d'un intérêt ou pour juger de la légitimité de l'exercice d'un droit contractuel, il faut scruter la raison d'être de cet intérêt ou de ce droit ¹; cela nous amène tout naturellement à parler du *critère finaliste* qui repose sur le détournement d'un droit de sa fonction ².

Le Tribunal fédéral ³ a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet; il a jugé que celui qui fait, d'un droit, un *usage différent* de celui qui était prévu par la loi, commet un abus de droit. Il a de même considéré comme tombant sous le coup de l'art. 2 C.C., le fait de *détourner une disposition légale de ses fins propres* pour atteindre, par ce subterfuge, un but auquel l'application normale de la loi ne conduit pas.

A lire ces textes, il semble bien que la fonction des règles puisse différer d'une institution juridique à l'autre, mais en consultant les meilleurs auteurs ⁴, on constate qu'ils parlent presque tous de la *destination sociale du droit*. Ce mot de social n'est pas très explicite, parce qu'il est trop général. Depuis plusieurs décennies, n'abuse-t-on pas du mot social de la même manière que l'on a abusé, durant le 19^e siècle, des mots individuel et liberté individuelle ? Josserand, avec plus de bonheur, écrit ⁵ que l'acte abusif est l'acte contraire au *but de l'institution*, à son esprit et à sa *finalité* ⁶. Voilà qui est moins simpliste et qui va permettre la recherche de toutes les fonctions du droit, de celles qui intéressent aussi bien l'individu, être isolé agissant dans son propre intérêt, que l'individu, être social.

A son tour, Prieur ⁷ fait une remarque pertinente quand il affirme qu'il est difficile, sinon impossible, de définir le but social d'un droit, parce que, pour y parvenir, on est obligé d'envisager la question sous l'angle *politique*. Le but social du droit de propriété, par exemple, est

¹ MARSON, p. 151.

² Ce critère a été critiqué, en particulier, par MM. MAZEAUD : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1947, 4^e édit., p. 518 et s.; RIPERT, p. 167.

³ A.T.F. 53. 2. 98; 54. 2. 441, cons. 5; 55. 2. 133, cons. 4 et J.d.T. 1927, p. 551, cons. 6 et p. 620, cons. 2.

⁴ Deschenaux : R.dr.s. 1942, p. 509 a et s.; à la page 545 a, parle du caractère social que la notion de bonne foi introduit et du *vinculum fraternitatis* qu'elle recouvre; JOSSERAND, p. 394 et s.; RENARD, p. 121; RIPERT, p. 181.

⁵ P. 395.

⁶ SOURY dit qu'un droit doit être exercé en vue d'un *but légitime*, p. 180.

⁷ P. 20.

très différent selon le point de vue auquel on se place. Il suffit de penser à l'évolution de la notion de propriété dans les différents régimes politiques¹ qui se sont succédé à notre époque, dans certains pays.

Voilà donc un troisième critère qui ne donne pas non plus toute satisfaction, car chacun ne s'accorde pas à reconnaître au droit et, plus spécialement, à une règle juridique déterminée, la ou les mêmes fonctions.

4. Sur le terrain de la résiliation du contrat de travail, malgré le respect du principe de la liberté contractuelle aussi bien dans la formation, dans l'exécution que dans l'extinction du contrat, le droit a toujours assigné certaines limitations à l'autonomie de la volonté. Cette atténuation du principe autorise le juge, tranchant en *équité*, à s'inspirer d'un autre principe, celui de l'équilibre des *intérêts* des parties en présence. C'est un critère d'appréciation qui, à bien des égards, se rapproche du deuxième critère étudié : celui de l'absence d'intérêt légitime.

Cette notion a également été retenue par le Tribunal fédéral², statuant sur une question de propriété et les intérêts des parties en cause : l'intérêt de l'une au maintien du contrat, l'intérêt de l'autre à sa résiliation.

On a parlé de la *pesée des intérêts sociaux*³ dont un des meilleurs exemples est celui de la *mise à l'index d'un ouvrier non syndiqué*⁴. Ce procédé a été jugé contraire aux mœurs parce que l'atteinte portée aux intérêts individuels du demandeur était disproportionnée à l'avantage recherché par le syndicat défendeur. Cette argumentation

¹ Ex. : L'Allemagne orientale : droits impérial, républicain, hitlérien et soviétique; il n'est guère possible que dans un laps de temps limité — une trentaine d'années — des droits aussi différents aient été désirés par une même nation; ils ont donc été imposés par des régimes politiques instaurés à la faveur d'événements extraordinaires. Constatons cependant que le droit hitlérien, pourtant fortement influencé par la politique, a eu un effet heureux sur la réglementation de la résiliation du contrat de travail. Cf. DIETZ, p. 30 : Die §§ 56 u. ff. O.N.A. handeln vom « Schutz gegen eine an sich zulässige, aber sozial zu missbilligende Einzelkündigung », encore faut-il évidemment s'entendre sur la portée du mot social.

Ex. : l'Italie : voir *Le Monde* du 25. 3. 1950 qui, dans un article concernant la réforme agraire italienne, parle de terres *abusivement* détenues parce que le droit de propriété privée est en opposition avec le *besoin social*.

² J.d.T. 1944, p. 532; cet arrêt spécifie qu'un *simple intérêt d'affection* peut suffire à la constitution et au maintien d'une servitude.

³ Du PASQUIER : *Recueil de travaux*, p. 213; *Introd. à la th. gén.*, p. 200; *Rapports loi-juge*, p. 12, et *Basler Studien*, Heft 31, p. 58 et s.

⁴ Du PASQUIER, *Recueil de travaux*, p. 214; cf. J.d.T. 1926, p. 87, cons. 6.

reste toujours valable, encore que le seul respect des opinions — licites cela va sans dire — paraît pouvoir être aujourd'hui un motif suffisant pour interdire la mise à l'index pour cause d'affiliation ou de non-affiliation à un syndicat.

Il est utile de mentionner ici une loi allemande ¹ qui prévoyait une action en retrait de la résiliation « wenn diese unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist », car il s'agissait bien également d'une pesée des intérêts en présence. De même, lors du calcul de l'indemnité pour cause de renvoi, la loi spécifiait qu'il fallait tenir compte de la « wirtschaftliche Lage des Gekündigten » und « die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betriebes ».

Nous sommes en présence d'un critère plus souple que les précédents, parce qu'il laisse une large part d'appréciation au juge; peut-être trop large. Mais s'il était associé au critère finaliste, tous deux pourraient former un couple harmonieux.

5. MM. Mazeaud ont critiqué le critère qui repose sur le détournement du droit de sa fonction sociale ². Pour eux, la notion d'abus est un simple cas d'application de la notion de *faute* : il y a abus d'un droit ³, chaque fois que l'exercice d'un droit constitue une *faute délictuelle* ou *quasi délictuelle* ⁴; la première résultera de l'intention de nuire ou d'une faute lourde, la deuxième sera commise soit par imprudence ou négligence, soit comme l'a proclamé la jurisprudence française, par « légèreté blâmable » ⁵.

Ce critère de la faute a l'avantage, d'une part, d'être assez large et d'englober tous les cas que nous avons examinés précédemment, d'autre part, d'être d'application plus facile que les précédents. Il

¹ O.N.A. du 20. 1. 1934 promulguée sous le régime national-socialiste, aujourd'hui abrogée; §§ 56 et 58; cf. GRISEL, p. 520 : « La résiliation est injustifiée lorsque son auteur n'en tire *aucun avantage notable* et qu'elle cause à l'autre partie un *dommage particulièrement grave* » et la note 113.

Il ne s'agit donc plus ici du seul intérêt légitime d'une partie (2^e critère), mais de la présence d'intérêts opposés des deux parties dont le degré de légitimité peut varier selon les circonstances. La différence entre ces deux critères paraît plus claire, lorsqu'on insiste sur le fait que pour le 2^e critère, la présence d'un intérêt légitime exclut la possibilité d'abus, mais pas pour le 4^e critère.

² Cf. leur *Traité*, p. 535, N^o 572.

³ PRIEUR, p. 21 : « Quiconque, dans l'exercice d'un droit, commet la moindre imprudence, la moindre négligence, abuse par là-même de ce droit. »

⁴ MM. MAZEAUD cités par PRIEUR, p. 21 : « La faute quasi délictuelle est une erreur de conduite que ne commettrait pas un individu avisé placé dans les mêmes circonstances externes que l'auteur du dommage. »

⁵ PRIEUR, p. 21.

ne s'agira plus de la recherche, parfois très difficile, du but de l'institution, de la légitimité de droits, mais de l'application pure et simple des principes de la faute, en examinant si une personne avisée aurait montré plus de prudence dans l'exercice de son droit ¹ que le défendeur.

Toutefois, ce critère est aussi insuffisant, parce que la notion de faute est imprécise et que la gravité de la faute est difficile à déterminer.

6. Souvent la jurisprudence suisse n'a pas eu recours aux critères indiqués, pour qualifier d'abusifs certains actes, mais elle a simplement relevé un certain nombre d'états de faits ², tels que le comportement dolosif, le fait d'alléguer la mauvaise foi ³, l'atteinte portée à des intérêts supérieurs ⁴, l'intérêt de l'ordre public ⁵.

La jurisprudence française ⁶ a jugé que l'exercice d'un droit devient fautif lorsqu'il revêt le caractère d'un acte de *malice* ou de mauvaise foi, ou tout au moins d'une *erreur grossière* équipollente au dol. Elle a parlé aussi de *malveillance* — qui est l'équivalent de l'intention de nuire — et de simple légèreté ⁷. Un congédiement par *caprice*, même sans mauvaise intention, est abusif ⁸. Devrait être considéré comme abusif, le congé donné uniquement par plaisir ⁹, par fantaisie.

¹ PRIEUR, p. 22; SUBERVIE, p. 73, raisonne ainsi : Il y a, en principe, « renvoi non abusif » lorsque ce dernier n'est motivé par *aucune faute* du salarié ou lorsqu'il a lieu dans l'intérêt légitime de l'entreprise. En conséquence, puisqu'il y a deux cas de renvois légitimes fondés, l'un sur une faute et l'autre sur un intérêt, « en dehors de là, le renvoi est abusif ».

² Voir FICH. jur., N° 90, 2^e page; ces états de faits, sans être des critères dans toute l'acception du terme, s'y apparentent; sans jamais avoir été appliqués, en Suisse, dans le domaine de la résiliation du contrat de travail, ils pourraient facilement y trouver une application dès que le principe même de l'abus en cette matière serait précisé dans la loi.

³ Cf. à ce propos : SAINT-RÉMY, p. 205, qui professe que le *défaut d'utilité* dans l'exercice d'un droit semble un critérium sûr et capable de définir la mauvaise foi.

⁴ L'atteinte doit constituer une disproportion *objective* entre les prestations des parties.

⁵ Ex. : tromper la confiance légitime suscitée chez un salarié : ainsi, ce dernier ne cherche pas un nouvel emploi parce qu'il pense qu'il pourra, longtemps encore, rester dans la fabrique de son patron, lequel, par son comportement, a fondé *objectivement* cette croyance chez l'employé.

⁶ S. 1920. I. 213, cité par SAINT-RÉMY, p. 206, lequel conclut que agir de mauvaise foi, c'est agir *sans motif, sans nécessité*, peu importe que l'intention de nuire soit ou non établie.

⁷ PRIEUR, p. 22. A la p. 23, il rappelle que la jurisprudence française n'a jamais admis que la faute légère pouvait engager la responsabilité d'un employeur qui « réorganise ses services ou licencie un ouvrier par suite des *difficultés économiques* »; elle reconnaît au patron dans ce domaine une assez grande latitude.

⁸ DUPONT, p. 57 et s.

⁹ Cf. JOSSELAND, p. 199.

La jurisprudence allemande a adopté, en règle générale, les mêmes principes. Mais signalons en passant le critère hitlérien ¹ qui rappelle au juge qu'il doit toujours s'inspirer de considérations idéologiques (ideelle Gesichtspunkte) ² pour justifier le caractère équitable ou non que peut revêtir un congé.

Il semble que la jurisprudence allemande occidentale actuelle ait tendance à se montrer moins large que sous le régime hitlérien dans l'interprétation qu'elle donne de l'abus en matière de résiliation du contrat de travail ³. Un changement de position ne nous étonne pas; l'arbitraire régnait par l'application du critère idéologique. Il a fallu réagir et la réaction a été peut-être un peu trop forte.

Résumé de la section 3

Il y a abus d'un droit et plus spécialement abus du droit de résiliation du contrat de travail lorsqu'une des parties contractantes n'observe pas les règles de la bonne foi ⁴, ou, comme disent Rossel et Mentha ⁵, lorsqu'elle use de son droit au-delà des limites tracées par la *bona fides* et les bonnes mœurs. Voilà le *critère général* dont l'application au cas particulier ne repose pas sur des déductions logiques, mais sur une *appréciation de valeurs* ⁶.

Ce grand principe équitable serait toutefois difficilement applicable dans le domaine de la résiliation du contrat de travail si, à son tour, l'absence de bonne foi ne pouvait être décelée au moyen de *critères plus spéciaux*.

Ces critères, analysés par la doctrine et la jurisprudence, font l'objet d'une énumération énonciative parce que les *contingences* peuvent les modifier.

¹ MÜNZ, p. 62: « Bei der Auslegung des Begriffes « unbillige Härte » dürften nicht nur die wirtschaftlichen Interessen und Notwendigkeiten des Betriebes und des Gekündigten abzuwägend sein, sondern darüber hinaus dürften auch *ideelle Gesichtspunkte* zu beachten sein. »

² Nous désapprouvons un tel critère parce qu'il favorise l'intervention politique constante dans le domaine juridique.

³ Cf. CITRON-HESSSEL, p. 34.

⁴ TUOR, p. 40.

⁵ P. 63; concernant la bonne foi et les bonnes mœurs, voir GRISEL, J.d.T. 1945, p. 167.

⁶ VON TUHR, p. 46 et à la p. 47: la bonne foi est une question d'*expérience de la vie* et de *sens pratique*.

Les cinq critères étudiés sont :

1. le critère subjectif, intentionnel, qui repose sur l'intention de nuire;
2. le critère objectif, finaliste, qui s'appuie sur le détournement d'un droit de sa fonction;
3. le critère subjectif et objectif, basé sur le défaut d'intérêt légitime d'une partie;
4. le critère subjectif et objectif, fondé sur la présence d'intérêts légitimes opposés des parties;
5. le critère technique de la faute dans l'exécution d'un droit ¹.

Dans de nombreux cas, la jurisprudence a fait abstraction de ces critères en admettant tout simplement que certains *états de faits* pouvaient constituer, dans des circonstances données, des abus d'un droit.

¹ Rappelons que le critère de la faute est si large qu'il peut englober les quatre autres. MARSON, p. 158, dit qu'un droit n'a jamais été concédé pour nuire à autrui; il l'a été pour permettre de défendre un intérêt. Donc, un droit exercé dans l'intention de nuire ou sans intérêt légitime, est assurément exercé d'une façon antisociale, antifonctionnelle, donc abusive.

CHAPITRE III

Résiliation du contrat de travail

L'homme de loi divise les contrats de travail en deux catégories, c'est-à-dire ceux dont la durée est déterminée ¹ et ceux, au contraire, dont la durée est indéterminée.

La distinction de ces deux grandes espèces de contrats de travail peut présenter quelques difficultés en pratique; l'objet de ce chapitre est d'essayer de les aplanir.

L'institution du délai-congé de même que le droit de résiliation unilatérale ² concernent les contrats à durée indéterminée et le cas prévu à l'article 346, 2^e alinéa C.O. ³.

Lorsqu'on parle de résiliation abusive, c'est bien à un contrat d'une durée indéterminée que l'on fait allusion. En effet, une résiliation abusive est difficilement concevable pendant le cours d'un contrat à durée déterminée. Pensons au cas d'un ouvrier qui est engagé pour remplacer un salarié tombé malade; un délai d'un mois est fixé. A tort, l'employeur congédie le remplaçant après trois semaines d'activité; quelle est la responsabilité de l'employeur ? Le problème juridique est facile à résoudre et n'a rien de commun avec celui que soulève la résiliation abusive du contrat de travail à durée indéterminée. La différence essentielle, c'est que, dans le premier cas, l'employeur n'a pas le droit de congédier son subordonné avant un temps fixé; dans le deuxième cas, le patron a le droit de résilier le contrat, mais il incombe au juge de rechercher si, dans l'exercice de son droit, l'employeur a

¹ Il faut assimiler à cette catégorie de contrats, ceux dont la durée résulte du but pour lequel le travail a été promis; cf. art. 345 C.O.

² Cf. introduction et chapitre premier.

³ Il s'agit de contrats à durée déterminée dont la résiliation est subordonnée à un congé préalable.

commis un abus. Par analogie, on peut raisonner pour le congé donné en cours de contrat à durée déterminée de la même façon que pour la brusque rupture non justifiée en cas de contrat à durée indéterminée. L'indemnité est égale à la perte du salaire et de ses accessoires, à compter du moment de la résiliation jusqu'à la fin du contrat, dans le premier cas, et pour la période légale du délai-congé, dans le deuxième.

Dans l'espèce de l'article 346, 2^e alinéa C.O. qui assure la reconduction tacite d'un contrat à durée déterminée qui n'a pas été résilié, il est également difficile, sinon impossible, de trouver un exemple de résiliation abusive. Comment concevoir qu'un employeur et un employé qui, délibérément, se lient pour six mois avec faculté de renouvellement par tacite reconduction, puissent être condamnés l'un ou l'autre par un tribunal, pour abus dans l'exercice de leur droit unilatéral de donner congé ? Le seul exemple d'abus punissable serait celui où l'un des contractants, sachant l'embarras que cause à la partie adverse son départ, viendrait stupidement lui dire : je ne résilie le contrat que pour vous ennuyer ! Mais une telle éventualité peut-elle pratiquement se produire ? Et même, si elle se produisait, y aurait-il véritablement abus ? La réponse est douteuse.

Il importe donc de bien séparer les contrats à durée déterminée et à durée indéterminée. Le C.O. distingue sept variétés de contrats de travail :

- a) l'engagement pour *la vie* de l'une des parties ou pour plus de dix ans; art. 351 C.O.;
- b) l'engagement fait pour une *durée indéterminée* avec faculté de résiliation légale ou conventionnelle; art. 347 C.O.¹;
- c) l'engagement fait pour une *durée déterminée, non renouvelable* et sans faculté de résiliation anticipée pendant son exécution; art. 345, première phrase, C.O. (ex. : l'employé est engagé pour le mois de décembre);
- d) l'engagement fait pour une *durée déterminée, non renouvelable, avec faculté de résiliation anticipée* pendant son exécution; art. 345, première phrase, C.O. (ex. : par suite du manque de main-d'œuvre,

¹ La résiliation usuelle est plus rare, contrairement à ce qui est admis en France; mais constatons que, dans ce pays, la part des usages tend à décliner dans le contrat de travail moderne; voir DURAND et ROUAST, p. 39.

un jeune homme qui attend son visa pour s'expatrier, est tout de même engagé dans une bibliothèque pour classer le dernier arrivage de livres);

- e) l'engagement fait pour une *entreprise déterminée*, c'est-à-dire dont la durée résulte du *but* pour lequel le travail a été promis; art. 345, deuxième phrase, C.O. (ex.: installation du chauffage central dans une maison);

Quid si l'activité continue tout de même, à l'expiration du temps prévu, dans les trois éventualités mentionnées sous lettres *c*, *d* et *e*? En principe, le nouveau contrat ne peut pas être calqué sur l'ancien, puisque le contrat est censé avoir pris fin par l'exécution. Il faudra rechercher la commune et réelle intention des parties mais *le nouveau contrat est d'une durée indéterminée*;

- f) l'engagement fait pour une *durée déterminée, renouvelable tacitement*, qui peut être prolongé indéfiniment, mais aussi rompu à des intervalles périodiques; art. 346, 1^{er} alinéa, C.O., qui prévoit implicitement deux hypothèses (ex.: un ouvrier s'engage auprès de son patron pour six mois; le contrat peut être réputé renouvelé pour six mois, ainsi de suite. Un employé est engagé pour deux ans; le contrat peut être réputé renouvelé pour une année au plus et ainsi de suite);

- g) l'engagement fait pour une *durée déterminée, renouvelable tacitement*, pour lequel les contractants avaient prévu un *congé préalable éventuel*; art. 346, deuxième alinéa, C.O. (ex.: un salarié offre ses services pour dix-huit mois; le contrat peut être réputé renouvelé pour dix-huit mois et ainsi de suite).

A ce propos, le Tribunal fédéral ¹ a fait une nette distinction entre les deux hypothèses des alinéas 1 et 2 de l'article 346 C.O.: « Le premier alinéa vise la *prolongation tacite* du contrat de part et d'autre; le second, celle du *défaut de congé* préalable lorsque le contrat a subordonné à un tel congé la résiliation; dans le premier cas, le contrat est réputé renouvelé pour une année au plus; dans le second cas, il est réputé renouvelé sans restriction. » Mais il y a une autre différence essentielle; en dépit de l'expression « est réputé renouvelé » que le code emploie

¹ J.d.T. 1940, p. 639.

dans les deux alinéas, le contrat dans les deux hypothèses ne subit pas le même sort. Dans le premier cas, le contrat qui prend fin est remplacé par un *nouveau contrat* tandis que, dans le deuxième cas, le *contrat continue* ¹ aux mêmes conditions que précédemment et, en particulier, pour une période égale et moyennant le même avertissement.

L'intérêt pratique d'une telle question ne doit pas être sous-estimé. Si les parties sont liées par un nouveau contrat, les accessoires de l'ancien disparaissent; d'autre part, lorsqu'un contrat de durée déterminée est prolongé conformément à l'art. 346, 2^e al., C.O., ne devrait-on pas l'assimiler à un contrat de durée indéterminée ? C'est la solution que nous proposons.

En France, si le contrat prévu pour une durée déterminée est renouvelé par tacite reconduction, la jurisprudence ² décide qu'il se transforme en contrat à durée indéterminée et, en conséquence, que les parties bénéficient des avantages propres à ce contrat. Mais le droit français ne connaît pas la distinction faite par notre article 346 C.O.; à notre avis, dans l'hypothèse de l'art. 346, 1^{er} al., C.O., le contrat, même prolongé, doit toujours être classé dans la catégorie des contrats à durée déterminée.

En résumé :

- A. Sont considérés, en général, comme contrats à durée déterminée, les contrats prévus :
 - 1. sous lettre *c* (durée déterminée, sans faculté de résiliation anticipée);
 - 2. sous lettre *d* (durée déterminée, avec faculté de résiliation anticipée);
 - 3. sous lettre *e* (entreprise déterminée);
 - 4. sous lettre *f* (durée déterminée, renouvelable tacitement, que le contrat soit prolongé ou non);
 - 5. sous lettre *g* (durée déterminée, renouvelable tacitement; congé préalable éventuel, que le contrat soit prolongé ou non).

¹ L'expression « le contrat est réputé renouvelé » est inexacte; elle prête à confusion, car c'est l'ancien contrat qui continue (BÉGUELIN).

² D.C. 1942, 1. 149, cité par ROUAST et DURAND, p. 329.

B. Sont considérés, en général, comme contrats à durée indéterminée, les contrats prévus :

1. sous lettre *a* (pour la vie ou pour plus de dix ans);
2. sous lettre *b* (durée indéterminée);
3. sous lettre *c*, dès le 2^e contrat tacitement conclu;
4. sous lettre *d*, dès le 2^e contrat tacitement conclu;
5. sous lettre *e*, dès le 2^e contrat tacitement conclu.

La seule modification à apporter à ce tableau concerne les contrats de l'article 346, 2^e al., C.O., qui doivent être classés sous A, seulement pour la première durée, et, sous B, pour les prolongations. Pour le calcul de l'éventuelle indemnité pour résiliation abusive, le temps passé dans l'entreprise doit être compté depuis le début de l'activité puisque, comme il a été dit ci-dessus, de tels contrats ont simplement *continué*, par le défaut de congé préalable.

CHAPITRE IV

Cas de résiliation abusive du contrat de travail

ESSAI D'UNE CLASSIFICATION

Un essai de classification des cas de résiliation abusive du contrat de travail n'échappe pas à la critique ¹, car il peut être téméraire de tenter de grouper ² des actes juridiques qui, par définition, sont illimités, changeants et, à bien des égards, imprévisibles; ils sont presque toujours des cas limites, parce qu'ils répondent à une notion qui varie avec les circonstances et avec chaque être humain. Cette méthode a toutefois l'avantage de la clarté.

Distinguons les cas de résiliation qui émanent de l'employeur et ceux dont le salarié est l'auteur; subdivisons les premiers — qui sont de beaucoup les plus importants du point de vue social, les plus nombreux et les plus variés — en trois groupes.

Le premier est réservé aux cas de résiliation déterminés par la situation de l'entreprise; le deuxième, à ceux qui sont provoqués par

¹ La même remarque peut être faite au sujet des cas de résiliation pour « justes motifs » de l'art. 352 C.O. Le motif abusif et le juste motif diffèrent essentiellement par la gravité de la faute commise. C'est la raison pour laquelle on côtoie continuellement le juste motif et que la jurisprudence concernant l'art. 352 C.O. peut être utile.

Cf. en outre J.d.T. 1934, p. 411, la remarque pertinente de THILO sur le degré de gravité des fautes et DAEPPEN-REYMOND, p. 344 : « Lorsque le juge doit décider ce qu'il faut considérer comme un juste motif, sa situation doit être la même que lorsque la loi l'invite à rendre sa décision d'après son appréciation ou en tenant compte des circonstances. Il doit, ici comme là, appliquer les règles du droit et de l'équité, mais pas les unes sans les autres. Il importe alors qu'il ne perde pas de vue la raison pour laquelle la disposition exceptionnelle a été admise dans la loi. »

² Cf. toutefois VINCENT, p. 469 et s.; PRIEUR, p. 97 et s.; DURAND et VITU, p. 872 et s.

un fait du salarié et le troisième, à ceux qui résultent de motifs divers.

Les exemples sont tirés principalement de la jurisprudence française, quelques-uns des décisions allemandes, d'autres sont inventés. Eu égard à ce qui a été dit ¹, les décisions du Tribunal fédéral ne sont invoquées qu'à titre d'analogie.

RÉSILIATION ABUSIVE DU CONTRAT PAR L'EMPLOYEUR

1. *Résiliation dictée par la situation de l'entreprise*

En principe, l'employeur, étant maître de l'entreprise qu'il dirige, est seul juge des besoins de celle-ci; il a le droit d'y apporter les modalités d'organisation, les modifications et les transformations qu'il estime nécessaires à son bon fonctionnement et à sa rentabilité ², à la condition que les licenciements qui pourraient en résulter ne puissent par être qualifiés d'abusifs. En conséquence, et sous cette réserve, les droits de l'entrepreneur de faire tout ce qui est en son pouvoir pour obtenir objectivement le meilleur résultat possible, priment les droits des salariés au maintien de leur contrat de travail, ce qui autorise l'employeur à modifier les contrats qui le lient à ses employés, surtout lorsque ce changement est motivé par des circonstances économiques. En réalité, c'est bien de difficultés économiques qu'il s'agit, et des répercussions qu'elles peuvent avoir sur l'entreprise.

Les entrepreneurs peuvent être contraints d'y apporter des changements, soit de déplacer quelques employés d'un service dans un autre, avec ou sans modification de salaire, soit de les renvoyer, soit de cesser l'exploitation de leur fabrique. Ils peuvent prendre ces mesures impunément, aussi longtemps que les critères de l'abus ne les font pas taxer d'abusives.

Statuant sur une question de principe du droit éventuel au salaire en cas de diminution du travail, le Tribunal fédéral s'est prononcé de la manière suivante : une réduction de salaire, motivée par la crise économique ne peut être qualifiée d'arbitraire. « Une exception au

¹ Voir introduction et chapitre premier.

² Celui qui assume les risques en a les profits. D. 1948, table J., p. 332, note, rappel de jurisprudence constante : « Le chef d'entreprise est seul juge des raisons d'ordre technique et des considérations d'économie qui peuvent le déterminer à se priver du concours d'un collaborateur. »

principe de l'obligation imposée à l'employeur de payer le salaire ne peut toutefois se justifier que par des considérations de solidarité et d'équilibre social et ne saurait conduire qu'à une *répartition équitable* entre les deux parties du dommage résultant de la crise économique. Le renvoi anticipé de l'employé n'est, par contre, pas admissible et le jugement cantonal, qui le sanctionne, est entaché d'arbitraire, le dommage n'étant, de la sorte, pas réparti mais mis à la charge de l'employé seul. ¹ » C'est au juge qu'il incombe de trancher la question de la gravité de la situation imputable ou non à l'employeur.

a) *Réorganisation des services.*

Elle peut provoquer des déplacements du personnel, des réductions du nombre des heures de travail ou des salaires et, même, des licenciements qui doivent être considérés comme licites s'ils sont la conséquence de mesures utiles au bon fonctionnement de l'entreprise ² et qu'aucune faute ne peut être reprochée à l'entrepreneur ³.

Le déplacement d'une personne peut présenter des difficultés, surtout lorsqu'il est d'une certaine importance ⁴.

En cas de refus par le salarié, le contrat prend fin par application des règles ordinaires de résiliation, sans préjudice de toute demande en dommages-intérêts pour résiliation abusive. Une telle demande doit être admise, lorsque la modification n'a pas été motivée par l'*intérêt*

¹ J.d.T. 1932, p. 539 et DAEPPEN-REYMOND, p. 328.

² Ex. Compression des frais généraux; adoption de méthodes de travail ou de procédés de fabrication nouveaux et rémunérateurs.

³ D. 1896. 1. 578 : Un ancien arrêt, cité par VINCENT, p. 475, considérait comme abusif le renvoi d'un ouvrier au moment de la période annuelle de chômage alors que l'état précaire de l'industrie aurait dû faire restreindre la main-d'œuvre beaucoup plus tôt à un moment où l'ouvrier aurait trouvé à se replacer. Le patron avait sans doute un juste motif mais il avait commis une négligence coupable dont le salarié ne devait pas subir les conséquences. Une telle manière de voir n'est plus admise aujourd'hui, parce qu'elle suppose le contrôle par les employés de la gestion du patron, cf. PRIEUR, p. 102. En revanche, doit être considéré comme abusif, un congé donné sous prétexte d'économies, alors que le salarié est remplacé immédiatement par une autre personne; mais il pourrait n'y avoir aucun abus, si l'employeur confiait des fonctions supplémentaires au nouvel employé.

⁴ Cf. VINCENT, p. 480 et 481 : Le renvoi prononcé à la suite du refus de la part d'un directeur de succursale d'accepter d'être placé sous la surveillance de son sous-directeur a été considéré comme abusif; d'autre part, la société qui avait à son service une employée chef de rayon lui avait, au retour d'une absence de deux mois pour faire ses couches, imposé un changement de rayon qui la plaçait dans une situation vraiment inférieure; sur son refus, elle fut renvoyée brusquement. Un tribunal français fit droit à la double demande d'indemnité pour brusque rupture et pour rupture abusive.

du service ¹, mais qu'elle constitue une atteinte à la situation morale ou à l'honorabilité du salarié dans l'entreprise.

La réduction du nombre des heures de travail et des salaires doit être autorisée aux conditions indiquées ci-dessus. Les tribunaux français ² raisonnent bien quand ils déclarent que l'employeur qui réduit la durée du travail dans son établissement, ne rompt pas, par ce seul fait, les contrats de louage de service passés avec son personnel, lorsque cette mesure ne contrevient à aucun des engagements qu'il avait pris et qu'elle est imposée par des nécessités d'ordre économique. L'employeur est donc en droit de réduire la durée du travail et les salaires à la double condition qu'il ne soit pas lié par un contrat qui garantisse à ses employés un minimum d'heures de travail ou un montant minimum de salaire et que les nécessités économiques l'y contraignent.

Le licenciement ³ est une mesure ultime à laquelle le patron peut être contraint de se résoudre. Il n'appartient pas au juge de vérifier l'opportunité de la mesure prise; il ne pourrait que contrôler si la transformation de l'entreprise ou la réduction du nombre des salariés a été effectivement réalisée ⁴. A ce propos, les tribunaux français ⁵ ont toujours admis que l'employeur était absolument libre de choisir les employés à congédier et que l'ancienneté et l'importance des services n'ont jamais, à elles seules, justifié l'octroi d'une indemnité, mais qu'elles ont simplement constitué des éléments permettant de fixer les dommages-intérêts dus en raison de la malice, de la méchanceté ou de l'intention malveillante qui peuvent avoir guidé l'employeur dans sa décision.

b) Cessation de l'entreprise.

Arrêter l'exploitation de son entreprise est un droit qui doit être reconnu à n'importe qui; toutefois, le moment choisi et la manière de procéder ne sont pas indifférents.

¹ VINCENT, p. 481, parle de seuls *buts techniques et professionnels* que l'employeur est en droit de poursuivre. PRIEUR, p. 98, dit tout simplement : « La bonne marche de l'entreprise »; cf. également p. 100.

² Cf. PRIEUR, p. 101.

³ PRIEUR, p. 101, cite plusieurs arrêts qui expriment toujours la même idée : « Attendu qu'un patron est seul juge des raisons d'ordre technique et des considérations d'économie qui peuvent le déterminer à se priver du concours d'un collaborateur... »

⁴ PRIEUR, p. 103.

⁵ VINCENT, p. 476.

En principe, les règles sur le congé doivent être respectées.

Si, peu avant la fermeture de son affaire qu'il prévoyait ou devait prévoir ¹, l'employeur a laissé entendre à certains employés qu'il leur réservait une situation d'avenir, le congé pourra revêtir un caractère abusif.

Qu'en est-il des résiliations consécutives à une faillite ou à une liquidation ? En règle générale, la faillite est un motif qui justifie une résiliation avec préavis. Il est rare de relever un abus dans une résiliation qui suit une faillite. La solution n'est pas aussi simple lorsqu'il s'agit de liquidation.

En principe, pour l'employeur, la liquidation de son entreprise, pour autant qu'elle est objectivement nécessaire et ne peut lui être imputée à faute ou à ses organes ², est un juste motif de résiliation. Il est indiqué d'invoquer ici, à titre d'analogie, un arrêt du Tribunal fédéral ³, lequel a jugé que lorsqu'une des parties au contrat de travail le résilie pour de justes motifs, elle doit des dommages-intérêts, même si elle n'a commis aucune faute et, d'autre part, que la partie congédiée prématurément, même si elle aussi n'a commis aucune faute, ne peut pas réclamer la réparation de la totalité du dommage subi. Le dommage doit être réparti entre les deux parties suivant le *principe de ménage-ment*. Ainsi, en cas de résiliation abusive, le juge devrait s'inspirer des mêmes principes; seule la répartition du dommage serait un peu différente, selon la gravité de la faute.

En résumé, l'employeur, maître de son entreprise, est libre de modifier ou de résilier les contrats de travail de ses subordonnés, à la double condition que les changements qu'il est contraint de faire soient dictés par les circonstances et que les mesures prises ne puissent pas lui être imputées à faute.

Le rôle du juge est considérable et c'est à lui qu'il incombe d'apprécier la gravité de la faute.

¹ G. trav. C. p. 14 : Il y a abus si le congé intervient brutalement, alors que depuis longtemps déjà le patron avait décidé de fermer l'usine et qu'il n'a pas prévenu son personnel.

² DAEPPEN-REYMOND, p. 344.

³ J.d.T. 1935, p. 16 et s.

2. Résiliation motivée par un fait de l'employé

Analysons quelques situations qui semblent présenter un intérêt par leur importance et leur fréquence. Il va de soi que l'on pourrait décupler les exemples et, pour chaque exemple, multiplier les nuances.

a) Attitude du salarié pendant les heures de services.

Il s'agit de faits que suggère l'étude des art. 327 et 328 C.O.

Constatons qu'il est unanimement admis que le fait de renvoyer un employé qui a commis une faute grave, soit à l'égard de son patron, soit dans l'exécution de ses obligations, ne peut constituer un abus dans l'exercice du droit de résiliation. Dans cette éventualité, le renvoi est justifié.

Dans quelle mesure alors l'employé peut-il faire appel à des collaborateurs, même lorsqu'il doit exécuter *en personne* le travail promis ? ¹. C'est au juge d'apprécier, d'après le droit et l'équité, les circonstances de l'affaire ². Souvent, les commentateurs donnent le peintre comme exemple type de la partie au contrat qui doit exécuter en personne un travail. Mais Rubens ne travaillait-il pas avec de nombreux collaborateurs ?

L'employeur est en droit d'exiger un travail exécuté *avec soin*. La résiliation par l'employeur, à cause de quelques bévues de l'employé, est abusive. Il est aussi équitable de juger différemment le salarié qui a de longs et loyaux services dans une fabrique et l'employé nouvellement engagé. La même erreur commise, à des *moments* différents, par diverses personnes, peut ne pas avoir la même portée juridique. En outre, un même fait, sans importance mais répété, peut devenir intolérable : deux ouvriers qui se présentent à l'usine, en léger état d'ébriété, sont renvoyés sur-le-champ ; le premier avait été l'objet, à plusieurs reprises, de remarques de la part de ses chefs ; le second, sans avoir des qualités marquantes, avait toujours fait consciencieusement son travail et n'avait jamais essuyé le moindre reproche. Le renvoi du deuxième ouvrier est abusif, car l'acte commis est pardonnable ; l'employeur ne peut pas faire valoir un intérêt légitime tel qu'il justifie la rupture du contrat. De plus, les conséquences qu'entraîne cette

¹ Art. 327, 1^{er} al. C.O.

² SCHNEIDER et FICK, note 6, ad art. 327 C.O.

résiliation sont hors de proportion ¹ avec la faute commise que l'on peut qualifier de légère.

Une autre question est celle de l'*incapacité professionnelle* de l'employé. La mesure de la diligence ² qu'un employeur est en droit d'exiger de ses employés est, en général, déterminée par le contrat; mais plus particulièrement, en cas de contestation, le juge peut tenir compte d'un double facteur : un facteur objectif, soit l'instruction ou les connaissances techniques nécessaires pour l'accomplissement du travail ³ et un facteur subjectif, soit les aptitudes et les qualités de l'employé que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître.

L'entrepreneur, on l'a dit, est maître de l'organisation de son entreprise; il s'ensuit qu'il peut organiser comme il l'entend ses services, choisir le personnel qu'il juge qualifié pour remplir certaines fonctions, mais aussi congédier un employé qui ne donne pas entière satisfaction.

La jurisprudence française ⁴ a toujours admis que l'employeur n'est pas tenu, en cas de congédiement, de prouver l'insuffisance des capacités professionnelles de son subordonné; toutefois, demeure réservé le droit pour le salarié d'apporter la preuve que le patron a commis une faute dans l'exercice de son droit. Il a été jugé que le fait qu'un employé soit diplômé ne suffit pas pour priver l'employeur du droit de le congédier pour inaptitude technique ⁵, encore faut-il que le prétexte allégué par le patron ne soit pas inexact.

Notons que l'incapacité peut être congénitale ou bien due à l'âge, à un accident ou à une maladie. En principe, quelle qu'elle soit, une incapacité autorise le renvoi et l'employeur n'est pas tenu de procurer à l'employé un travail approprié à son état ⁶; mais, est abusif, le renvoi

¹ Cf. VINCENT, p. 484 : « Il ne faudrait pas que la faute professionnelle reprochée au salarié soit disproportionnée avec la mesure dont il est l'objet. » Il faut donc tenir compte de la situation personnelle du salarié. Ont été considérés comme abusifs : le renvoi d'un vieil employé pour un léger manquement dans son travail, ainsi que le renvoi d'un salarié qui a refusé de se soumettre à un ordre donné en violation du règlement de travail.

² Art. 328, 3^e al. C.O.

³ SCHNEIDER et FICK, p. 549 : « On ne peut exiger d'un employé des connaissances exceptionnelles ou une application absolument extraordinaire »; cela est la raison même, car en effet, une personne qui présenterait des qualités exceptionnelles ne tarderait pas à occuper une situation plus élevée.

⁴ Cf. PRIEUR, p. 112 et S. 1934. 1. 20.

⁵ PRIEUR, p. 113.

⁶ D.P. 1916. I. 260 : Une compagnie de tramways ne commet aucune faute en

motivé par une très courte maladie ou par une très faible diminution de capacité consécutive à l'âge.

Il n'est pas rare d'avoir affaire à des employés auxquels le patron se voit obligé de rappeler, en raison de leur comportement, que la vie commune a ses exigences et que la violation réitérée de règles de conduite, si petites soient-elles, peut apporter un certain trouble dans un atelier ou dans un bureau. Pensons particulièrement aux absences et à l'indiscipline ou à l'insubordination pendant les heures de travail. Ici, comme dans tous les cas précédemment mentionnés, le juge doit apprécier la gravité de la faute commise.

Quand une *absence* est-elle fautive ou pas ? Voilà bien une question qui ne comporte pas une réponse unique. En règle générale, le tribunal doit s'attacher à connaître, d'une part, les circonstances dans lesquelles l'absence est intervenue, et, d'autre part, les répercussions qu'elle peut avoir sur la marche de l'entreprise. Ce faisant, il s'efforcera de savoir si le salarié était informé des suites dont il pouvait être atteint et des conséquences matérielles que ses agissements pouvaient avoir pour l'entreprise. C'est ainsi que le Tribunal fédéral¹, appliquant l'art. 352 C.O., a jugé qu'il « n'est pas arbitraire de ne point regarder comme un juste motif de congédiement immédiat une première absence de deux jours d'un ouvrier au service du patron depuis plusieurs années » ; si la résiliation abusive du contrat de travail était une notion familière aux juristes suisses, les juridictions cantonales auraient pu et dû examiner le cas sous cet aspect. Le congé donné à un employé qui est depuis plusieurs années au service du même employeur, et motivé par une première absence de deux jours, devrait, en principe, être abusif.

Pour leur part, les tribunaux français ont, avec raison, jugé :

- abusif, le renvoi d'un subordonné pour cause d'absence en raison du mariage d'un proche et cela malgré l'interdiction du patron² ;
- également abusif, le renvoi d'un employé qui, averti de la maladie de l'un de ses parents, a obtenu de son chef de service l'autorisation de s'absenter et a prolongé de deux jours son absence en raison du

enlevant à un employé, engagé pour un temps indéterminé, ses fonctions de watman pour lui attribuer un autre emploi moins rémunéré, quand il est constaté que, tout en étant un employé laborieux et régulier, il n'avait ni l'intelligence, ni les aptitudes nécessaires pour être un conducteur.

¹ J.d.T. 1946, p. 316.

² Rev. trim. 1902, p. 608.

- décès de son parent; il a pu considérer, raisonnablement, qu'une telle absence ne constituait pas une infraction aux règles disciplinaires de la maison ¹;
- qu'il y a rupture abusive de la part d'un employé qui, pour régler des affaires de famille dont l'urgence n'a pas paru impérieuse au juge, prolonge de lui-même son congé annuel contre le gré de l'employeur ²;
 - que l'absence non justifiée pendant trois jours, après les vacances, autorise le licenciement immédiat ³ et que le salarié qui sollicite un congé de dix jours, mais qui ne l'obtient que pour une durée de huit jours et qui rejoint son poste avec un retard de trois jours, commet une faute suffisamment grave pour entraîner la rupture du contrat, à ses torts et griefs, sans délai ni indemnité ⁴.

Juger l'*indiscipline* et l'*insubordination* présente souvent bien des difficultés, car les parties et les témoins peuvent, plus que dans n'importe quelle autre circonstance, ne pas être d'accord sur le fait lui-même. Ainsi, une injure ou une grossièreté peuvent être relatées différemment par diverses personnes; même les termes employés risquent d'être déformés et, s'ils sont reconnus exacts, les circonstances dans lesquelles ils ont été prononcés peuvent être dénaturées volontairement ou involontairement. De plus, l'appréciation d'un fait d'indiscipline, d'abord par les deux parties, puis par le juge, peut varier considérablement.

Si des actes de désobéissance caractérisée ou un refus de se plier à un règlement d'atelier, constituent de justes motifs de résiliation, une foule de situations appartiennent aux cas limites.

La jurisprudence française a considéré comme légitimes, les deux renvois avec préavis qui suivent : le premier, celui d'un salarié qui cherchait une nouvelle place, le second, celui d'un chef de chantier qui se refusait à travailler avec une équipe d'ouvriers non syndiqués embauchés par le patron ⁵. En revanche, elle a déclaré abusif ⁶, à juste titre :

¹ D. table 1932-1936, p. 592, N° 304.

² G. trav. C. 12.

³ D. table 1948, S. 1.

⁴ Q. prud. 1950, p. 17; KRAUTHAMMER, p. 53 : Est abusif le renvoi d'un bon ouvrier à raison d'une courte absence motivée par une indisposition sérieuse.

⁵ VINCENT, p. 484.

⁶ Cf. PRIEUR, p. 109 et KRAUTHAMMER, p. 51.

- le renvoi d'un ouvrier qui revendique le bénéfice de la loi : en protestant contre des heures de présence supplémentaires à la journée de huit heures ou qui, après avoir travaillé pendant quatre jours dix heures, refuse de travailler plus de huit heures; ou encore, signale à un inspecteur du travail que la loi de huit heures n'est plus observée dans l'établissement où il travaille;
- le renvoi d'un employé, à la suite d'une démarche justifiée, faite par un syndicat pour amener le patron à appliquer le tarif de salaire auquel l'intéressé avait droit ¹;
- le renvoi pour interruption de travail pendant quinze minutes pour cause de deuil, même à l'encontre d'ordres supérieurs reçus;
- le renvoi d'un salarié pour avoir demandé à l'employeur le paiement des allocations familiales ou avoir revendiqué les droits de la loi sur les accidents de travail;
- le renvoi d'un subordonné qui a refusé d'accepter des conditions différentes de celles prévues par le contrat collectif ou de travailler au-delà de la durée légale du travail ou encore le jour du repos hebdomadaire;
- le renvoi d'un employé qui s'était dérobé aux sollicitations immorales émanant de l'employeur, en refusant de fausser les livres de comptabilité ou de déposer en justice d'une façon qui lui était imposée ou, encore, en refusant de verser des primes à des ouvriers victimes d'accidents pour qu'ils acceptent une majoration des notes d'honoraires présentées aux compagnies d'assurances;
- le renvoi d'un employé supérieur qui, jouissant d'une certaine liberté dans l'exercice de ses fonctions de chef de rayon, en avait profité pour prendre une leçon de conduite automobile;
- le renvoi pour cause de refus du salarié de céder à son employeur ses parts dans une société ².

Voici un cas tout à fait spécial ³ que les tribunaux allemands ont eu à trancher : un ingénieur russe, travaillant en Allemagne, fut congédié parce qu'il avait refusé d'accomplir un voyage de service à Moscou, de peur d'être arrêté et emprisonné; le tribunal compétent déclara régulière la résiliation du contrat. Au contraire, un jugement du Reichsgericht du 8. 10. 1929 a reconnu que même une crainte

¹ G. trav. C. 12 et D. 1948. S. 5.

² G. trav. C. 13.

³ KRAUTHAMMER, p. 48 : jugement du Landesarbeitsgericht de Berlin.

subjectivement fondée d'être emprisonné et de ne plus avoir l'autorisation de revenir en Allemagne, « suffisait pour faire apparaître l'exigence de ce voyage comme un abus de la puissance de service ».

En voici un autre : un tribunal français ¹ a estimé qu'elle agit avec une légèreté blâmable, constitutive de l'abus du droit de résiliation, la compagnie d'assurances qui congédie un inspecteur du cadre pour le motif qu'il aurait refusé d'aller chercher certaines pièces dans les archives en déclarant que ce n'était pas le travail d'un inspecteur.

Resterait une question spéciale, celle du sabotage. Il semble qu'il doive toujours constituer un juste motif de rupture et qu'on serait mal venu d'analyser des cas de gradation de fautes dans ce domaine. Le sabotage le plus minime constitue une faute grave justifiant le renvoi immédiat de l'auteur, sans préjudice même d'une demande en dommages-intérêts de la part de la victime.

b) *Attitude du salarié hors service.*

Même en dehors des heures de travail, un employé peut, par son comportement, nuire directement — ce qui est toujours grave — ou indirectement à la maison qui l'occupe.

Ces cas ont trait, soit à sa conduite privée, soit à ses opinions ou à son activité syndicale, politique ou religieuse.

Examinons d'abord la *conduite privée*. En principe, un salarié, auquel n'est fait aucun reproche concernant son comportement en service, n'a à rendre compte à personne des faits de sa vie privée.

Les tribunaux ont apporté, avec raison, des tempéraments à ce principe; ils sont allés quelquefois très loin, trop loin. Des juges français ² ont reconnu « le bien-fondé du renvoi d'un ouvrier poursuivi pour vol, ou condamné correctionnellement ou criminellement » — ce qui est normal — « même lorsque la sentence est réformée en appel ou lorsque l'inculpation est suivie d'un non-lieu » — ce qui est contestable — « ou d'un acquittement », ce qui semble erroné. Ils ont raisonné de la manière suivante, qui paraît sujette à caution : n'est pas abusif, le renvoi basé sur une présomption grave d'improbité; en l'espèce, durant la procédure, les explications données par l'inculpé furent jugées dénuées de toute vraisemblance; cependant, ce dernier

¹ D. table 1942-1946, p. 153, N° 194.

² Cf. PRIEUR, p. 110; FERRAND, p. 157; KRAUTHAMMER, p. 62.

fut acquitté parce que la matérialité du délit n'avait pas pu être déterminée.

La jurisprudence française a admis, avec raison, que la présence, dans une usine, de personnes ayant commis des actes répréhensibles ou ayant trempé dans des affaires louches, peut être nuisible à la santé morale ou à la discipline de l'établissement et justifie, de ce fait, leur renvoi.

Passons à un tout autre exemple : celui de l'accident survenu au cours d'un match officiel de football. Il a été jugé ¹ qu'il faut le considérer comme un « malheur immérité », car l'activité déployée au jeu de football n'est pas en désaccord avec une manière normale de vivre. Cette façon de considérer les choses est certainement défendable avec succès; elle appelle toutefois un complément. Si le renvoi motivé pour la raison indiquée ci-dessus est abusif, n'est pas illicite, en revanche, la conclusion d'un contrat de travail qui interdit au salarié de participer à des parties de championnat de football. Les accidents dont sont victimes les joueurs ne sont pas rares et il est facile de comprendre le point de vue de l'employeur qui ne désire pas, tous les débuts de semaine, avoir son personnel amputé de quelques unités.

Etudions ensuite les *opinions et activités syndicales, politiques et religieuses*. Enonçons d'abord les principes, puis recherchons, dans quelle mesure des tempéraments permettent de les adapter à l'évolution des idées.

En règle générale, il faut éviter toute entrave unilatérale à la *liberté syndicale, politique et religieuse*, mais la licéité des empêchements contractuels à l'exercice de ces droits doit être reconnue.

En conséquence, le renvoi d'un salarié, soit parce qu'il est syndiqué ou non, soit parce qu'il refuse de se syndiquer ou de renoncer à s'affilier à un syndicat, peut être abusif ou pas, selon les engagements pris par les parties. A ce propos, il est indiqué de rappeler que l'employeur, étant maître de son entreprise, a le droit absolu d'embaucher qui bon lui semble, donc des personnes syndiquées ou non syndiquées; de plus, il peut conclure des contrats de travail à la condition que les postulants renoncent à faire partie d'un syndicat en cours de contrat ².

¹ KRAUTHAMMER, p. 54.

² VINCENT, p. 487, note 46 : une clause contractuelle qui prévoit une telle renonciation a toujours été considérée comme licite lorsqu'elle visait des buts professionnels et n'était pas une manifestation d'hostilité de la part du patron à l'égard du syndicat ou de toute personne déterminée. Cependant, PLANIOL a fait

Ainsi, est abusif :

- le renvoi d'un salarié pour le simple fait de son appartenance à un syndicat ou au contraire parce qu'il n'adhère pas à un groupement syndical — à l'exception, cela va sans dire, des cas où il y a faute : par exemple, propagande à l'intérieur de l'usine;
- le renvoi d'un salarié qui se syndique au cours d'un contrat qui avait été conclu sans conditions;
- le renvoi d'un salarié parce qu'il a provoqué des adhésions au syndicat;
- le renvoi d'un salarié qui s'est adressé à l'association professionnelle pour résoudre un différend ¹ ou pour obtenir un rajustement de salaire.

Les mêmes remarques peuvent, en principe, être faites à propos de la liberté politique ou religieuse.

En règle générale, tout renvoi qui porte atteinte à la liberté d'opinion est abusif, excepté s'il s'agit d'une entreprise ou association qui vise des buts exclusivement politiques ou religieux, ou si l'employeur a embauché un employé en raison même de son opinion politique et que ce dernier vienne à modifier ses idées ², ou encore, si l'employeur est en droit d'exiger objectivement de l'employé un certain comportement, eu égard à la situation qu'il occupe et au rôle qu'il joue.

Ce ne serait pas seulement abusif, mais antidémocratique que d'admettre purement et simplement le congédiement d'un employé

observer justement que si cette interdiction était appliquée à des musiciens dont les contrats sont temporaires, parce que cette profession exige des déplacements nombreux, cette interdiction, même réduite à la durée du contrat, créerait une interdiction permanente.

Cf. SAINT-RÉMY, p. 116 et s.

PRIEUR, p. 33, montre bien que deux libertés opposées sont en jeu : la liberté contractuelle et la liberté syndicale. La jurisprudence française « n'a pas voulu sacrifier complètement une liberté au profit d'une autre. Elle est arrivée à une sorte de compromis faisant à chacune de ces deux libertés la part qui lui revenait. Ce compromis, elle l'a trouvé grâce à la théorie de l'abus des droits, en distinguant suivant la *légitimité des mobiles* qui ont incité le patron à refuser d'embaucher les ouvriers syndiqués. Ce refus est-il dicté par des considérations d'ordre professionnel, alors il est pleinement licite. S'explique-t-il au contraire par le désir de nuire au syndicat, par un esprit d'hostilité ou de malveillance à son égard, alors il est abusif et donne droit au profit de la victime du refus, à des dommages-intérêts. »

¹ Cf. DULLIN, p. 93; PRIEUR, p. 119.

² Cf. VINCENT, p. 489, qui cite un exemple qui s'apparente à cet ordre d'idées : le congé donné par un sénateur à son secrétaire, qui avait adopté une opinion politique contraire à la sienne, a été jugé justifié.

qui n'a pas les mêmes opinions ou qui n'est pas inscrit au parti politique de l'employeur; mais il n'est pas arbitraire d'apporter un tempérament à cette règle et de ne pas traiter nécessairement de la même façon, selon les circonstances, le cas d'un employé supérieur, responsable dans son travail de direction, et le cas d'un salarié engagé pour un travail d'exécution exclusivement.

En outre, aussi longtemps que l'activité reprochée est licite, tout renvoi qui serait motivé par elle devrait être abusif. Toutefois, il est facile d'imaginer des cas où l'activité politique d'un salarié nuit à la vie harmonieuse qui règne dans un bureau ou dans un atelier, surtout lorsqu'il s'agit d'extrémistes. Nous ne faisons même pas allusion à une propagande faite à l'intérieur de l'entreprise, car une telle activité, sans aucun doute, constitue une faute qui peut motiver un renvoi sans indemnité. Mais, pensons à des faits qui se passent en dehors de l'entreprise — tels une participation à une manifestation sur la voie publique, un discours ou une harangue, la publication d'un texte dans un quotidien — qui, quoique autorisés, peuvent avoir des répercussions sur le travail en commun et même provoquer des désordres.

Nous sommes en présence, dans ces éventualités, de deux droits opposés : le droit de l'entrepreneur de faire régner la discipline dans ses locaux et le droit des employés d'exprimer librement leurs opinions. En cas de conflit entre ces deux droits, nous donnons la préférence au premier qui, selon nous, doit l'emporter pour deux raisons essentielles, d'abord parce que l'entrepreneur est seul juge de prendre les mesures qui sont dictées par les circonstances pour aboutir au meilleur résultat possible, puis, parce que la mesure est prise avant tout *pour* le bien d'une majorité qui, en l'espèce, est l'ensemble des salariés, et non pas contre un subordonné. Si ce dernier se sent lésé par la résiliation, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même, la vie commune — nous l'avons vu — a ses exigences qui doivent être respectées par chacun.

Les mêmes règles sont applicables à la liberté religieuse. Citons deux cas. Le premier a été relaté par un journal français¹ : un jeune prêtre-ouvrier exerçait son apostolat dans une usine. Lorsque le patron apprit cela, tout en reconnaissant que le travail de l'ouvrier donnait toute satisfaction, il lui signifia son congé. Le personnel de l'entreprise, indigné, voulut se mettre en grève par solidarité, mais le prêtre les adjura de n'en rien faire. Ce dernier décida de poursuivre son

¹ *Le Courrier (L'Eclaireur)* du 1. 12. 1949.

patron devant les prud'hommes qui déclarèrent abusif le renvoi.

Voici le deuxième exemple ¹ : il a été jugé que l'appartenance à une communauté religieuse qui déclare le samedi jour de repos, n'est pas un motif suffisant pour considérer comme abusif le renvoi d'un travailleur des chemins de fer du Reich qui refusait tous les samedis de remplir ses fonctions.

En résumé, il y a résiliation abusive, lorsque la faute reprochée au salarié en service ou hors service et qui sert de motif de rupture, est de celles que des personnes avisées ne commettent pas, et qu'on peut qualifier de *légères*. Le juge qui tranche selon les *circonstances* particulières du cas, a un large pouvoir d'appréciation; il est libre dans la mesure où il ne tombe pas dans l'arbitraire.

3. Résiliation fondée sur d'autres motifs

Vincent ² cite l'exemple des clauses d'un contrat qui sont rédigées de telle façon qu'elles peuvent faire espérer une situation stable, à l'employé, si bien que la résiliation apparaît abusive. Elle le serait, lorsque l'employeur fait venir un salarié d'une autre ville ou le place à l'étranger et le renvoie au bout de quelques mois ou dès que la morte-saison est arrivée, sans avoir de griefs à faire valoir. Il semble que, dans de telles situations, l'employeur ait méconnu les intentions réelles, quoique peut-être tacites, des parties ou certains faits ³ qu'il ne devait pas ignorer ou feindre d'ignorer.

Le droit admet, en principe, que la victime d'une brusque rupture doit être indemnisée d'un montant égal au salaire qu'elle aurait touché pendant le délai-congé. Mais il est possible que cette indemnité soit insuffisante, la brusque rupture, en elle-même, pouvant être de nature à disqualifier la victime et à l'empêcher, peut-être, de trouver une nouvelle place ⁴.

Les tribunaux allemands ⁵, sous l'empire de l'O.N.A., ont jugé

¹ R. d. Arb. 1948, Heft 5/6, p. 197, N° 51 : ce renvoi ne constitue ni un « Rechtsmissbrauch », ni un « Verstoss gegen das Grundrecht freier Religionsausübung ».

² P. 491.

³ D. table 1932-1936, p. 592, N° 302 : rupture abusive du contrat de représentation pour l'exécution duquel le représentant avait fait des frais énormes et qui est renvoyé deux mois après la conclusion du contrat.

⁴ Cf. VINCENT, p. 492.

⁵ NIKISCH, p. 62.

qu'une personne qui cumulait ¹ des fonctions avait été renvoyée à juste titre de l'une de ses places et remplacée par quelqu'un qui chômait ² depuis longtemps.

En 1947, le Landesarbeitsgericht de Kiel ³ a jugé qu'il était contraire aux règles de la bonne foi et, en conséquence, abusif de renvoyer un salarié engagé à vie pour remplacer une personne dont l'entrepreneur s'était séparé pour raison politique; l'employeur avait embauché à nouveau le premier salarié après un jugement le libérant de tout chef d'accusation de nature politique.

En 1948, le même tribunal ⁴ a déclaré nul, parce que contraire aux mœurs, le congé donné dans l'espoir d'empêcher un mariage ou motivé par le mariage d'un salarié; néanmoins, il a ajouté qu'un congé donné pour l'un ou l'autre de ces motifs, est justifié à l'égard d'un ouvrier de campagne, lorsque l'employeur estime avec raison ⁵ que le nombre de ses subordonnés mariés est déjà suffisant.

Une question délicate et récente est celle que soulèvent les commissions d'épuration. C'est ainsi qu'en France ⁶, un tribunal a considéré que ne commet aucun abus de droit susceptible d'engager sa responsabilité, la société qui licencie des salariés acquittés par une commission d'épuration, lorsque le personnel a mis un veto absolu à la réintégration de ces salariés dans l'entreprise. Cette décision n'est pas pour nous rassurer; elle est critiquable et se rapproche du cas que nous avons déjà vu d'un salarié, prévenu de vol, mais acquitté par la suite. Citons, en revanche, un autre arrêt ⁷ précisant que le licenciement d'un salarié intervenu à la suite de la décision d'une commission d'épuration sans existence légale, constitue une rupture abusive du contrat de travail.

Abusifs, également, sont les renvois, d'une part, d'un salarié survenu quelques jours après qu'il a demandé et obtenu un reclassement justifié ⁸, d'autre part, d'un employé qui a autorisé sa femme, employée dans le même établissement que lui, à intenter une action contre leur patron commun.

¹ Doppelverdiener.

² Erwerbsloser.

³ R. d. Arb. 1948, Heft 3, p. 98, N° 12.

⁴ R. d. Arb. 1948, Heft 5/6, p. 195, N° 49.

⁵ Aus betrieblichen Gründen.

⁶ D. 1947, table, S. 16.

⁷ Q. prud. 1950, p. 25.

⁸ Q. prud. 1949, p. 586.

Au contraire, voici un renvoi justifié : celui d'un voyageur de commerce dont le fils entre au service d'une maison concurrente, alors que l'employeur a de bonnes raisons de craindre la révélation de secrets.

Il est abusif de congédier, dans une intention malveillante, un employé embauché pour obtenir, à bas prix, un procédé de fabrication dont l'employeur avait tiré un profit important ¹.

Voici un fait qui constitue une faute passible de dommages-intérêts pour abus du droit de résiliation : un employeur laisse espérer à l'ouvrier, qui a interrompu son travail à la suite d'un accident professionnel, que le contrat continuera à recevoir son exécution, alors qu'il entend remplacer le subordonné et s'abstient de l'avertir.

RÉSILIATION ABUSIVE DU CONTRAT PAR L'EMPLOYÉ

Ces cas sont peu fréquents, car un employé rompt ordinairement son contrat pour des motifs légitimes. Il quitte son employeur parce qu'il désire, avant tout, le salaire le plus haut; puis, à salaire égal, les meilleures conditions de travail; enfin, à salaire et conditions identiques, l'atmosphère la plus agréable pour le travail et les relations les plus cordiales avec son chef.

L'abus est cependant concevable; il le sera d'autant plus que le salarié est mieux placé. En effet, un employé supérieur peut très bien être l'auteur d'une résiliation abusive. D'ailleurs, un manoeuvre également, s'il est le seul collaborateur d'un artisan et que l'offre de services est très faible. C'est principalement en rompant brusquement le contrat que le salarié peut manifester son intention de porter préjudice à son employeur.

En règle générale, tous les critères de l'abus des droits sont applicables à des actes commis par des salariés en vertu du principe de réciprocité entre parties.

La grève, dans le silence de la loi, constitue une violation contractuelle entraînant l'obligation de payer des dommages-intérêts et, le cas échéant, la résiliation immédiate du contrat ². En France, la grève est considérée comme une dénonciation collective abusive du contrat

¹ Q. prud. 1947, p. 329.

² Fich. jur. N° 888.

de travail, quand les salariés usent de ce moyen en vue d'un autre but que la défense des intérêts professionnels, par exemple pour raison d'ordre politique ¹.

Le paiement du salaire doit avoir lieu à jour et heure fixes. Commet, en conséquence, une faute, l'employeur qui n'observe pas cette règle; toutefois, serait abusive la dénonciation du contrat par un salarié pour le simple fait, qu'une fois exceptionnellement, le patron qui manque de liquidité est en retard, d'un ou de deux jours, dans le paiement des salaires.

Résumé et conclusions du chapitre IV

Le nombre des cas de résiliation abusive du contrat de travail est illimité. Les nombreux exemples donnés dans ce chapitre font ressortir la prépondérance du travail du juge auquel incombe la tâche d'apprécier la gravité de la faute commise, sans tomber dans l'arbitraire.

Il importera, dans la suite, de rechercher les conditions de cette résiliation abusive. Ce sera l'objet de la deuxième partie de notre étude. Mais avant de l'aborder, nous dirons quelques mots des motifs légitimes et abusifs, ainsi que des justes motifs.

¹ DURAND et VITU, p. 876.

CHAPITRE V

Motif légitime, motif abusif et justes motifs

Il est indiqué de rechercher les différences essentielles qui distinguent la rupture abusive de la résiliation pour justes motifs des art. 352 et s. C.O. et de la résiliation ordinaire des art. 347 et s. C.O.

Le C.O. considère comme de *justes motifs* toutes les circonstances qui, pour des raisons de moralité ou en vertu des règles de la bonne foi, autorisent l'une des parties à ne plus exécuter le contrat ¹. Précisons immédiatement que l'on pourrait définir avec les mêmes éléments — c'est-à-dire, les circonstances, la moralité et la bonne foi — aussi bien le motif légitime qui justifie une résiliation conformément aux art. 347 et s. qu'un motif abusif. Dans le premier cas, seraient considérées comme *motifs légitimes* de rupture toutes les circonstances qui, pour des raisons de moralité ou en vertu des règles de la bonne foi, autoriseraient l'une des parties à résilier pour le plus prochain terme de congé; dans le second cas, seraient considérées comme *motifs abusifs* de rupture toutes les circonstances qui, pour des raisons de moralité ou en vertu des règles de la bonne foi, permettraient à la partie qui en est la victime de réclamer des dommages-intérêts.

Cette manière de procéder présente deux inconvénients majeurs; elle ne renseigne pas suffisamment le justiciable et laisse un pouvoir d'appréciation trop large au juge. Constatons, toutefois, que le législateur français n'a pas craint de suivre une voie encore plus simple ², tant il lui est apparu difficile de préciser, dans une règle légale, les conditions de l'abus en matière de rupture des rapports de services.

Pour pouvoir mieux élucider le problème, partons de cas concrets, puis élaborons une théorie.

¹ Art. 352, al. 2, C.O.

² Voir chapitre VII.

Voici deux cas types, d'abord de justes motifs, puis de motifs légitimes, enfin de motifs abusifs :

a) un salarié vole; la faute grave commise constitue un juste motif de rupture; ou bien un patron est victime d'un bombardement : c'est un cas de force majeure qui l'autorise à rompre son contrat immédiatement;

b) un salarié n'exécute pas correctement le contrat; sa bonne volonté ne supplée pas à son manque de capacité; ou bien une crise économique, peu à peu, ruine un employeur. Voilà deux exemples de motifs de résiliation avec préavis;

c) un salarié, auquel aucun reproche n'est fait au sujet de son travail, est en retard, une fois par hasard; ou bien l'employeur donne son congé à un employé qui s'est affilié à un parti politique licite. On est en présence, dans ces deux éventualités, de motifs abusifs de rupture, car, entre la faute commise et le préjudice causé, il y a une disproportion évidente. On ne peut pas en dire autant des cas donnés sous a et b.

Il y a dans la faute commise une gravité plus ou moins grande; de même, le grief peut être plus ou moins important.

Il ne semble pas arbitraire, sinon un peu schématique, d'affirmer qu'il y a, pour résoudre le problème posé dans ce chapitre, trois degrés de gravité de la *faute* : la faute lourde qui peut entraîner une brusque rupture; la faute légère, insuffisante à justifier la résiliation; la faute, ni lourde, ni légère, suffisante pour légitimer une cessation normale des rapports de services.

Pour le *grief*, il en est de même; s'il est important ¹, il peut provoquer une brusque rupture et s'il est insignifiant, il ne justifie pas une résiliation. Entre les deux, nous trouvons le motif, ni important, ni insignifiant, qui peut entraîner la cessation du contrat avec préavis.

Il résulte de ces propos que la résiliation fondée sur une faute légère ou sur un grief insignifiant est abusive et, de ce fait, donne lieu à des dommages-intérêts.

On peut aussi déceler les degrés de gravité de la faute ou du grief, en partant de la notion de *motif légitime*, motif adéquat à l'esprit et à la mission du droit de résiliation.

La résiliation est légitime :

1. lorsqu'elle est prévue par le contrat; art. 1 et s. C.O.;

¹ Wichtiger Grund.

2. lorsque l'exécution du contrat est devenue impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur, sans qu'il y ait faute du créancier. Dans cette éventualité, le débiteur a un *motif valable* de rupture; art. 119 C.O.;
3. lorsqu'elle intervient comme une sanction de l'inexécution; on parle dans ce cas de *grief légitime* qui est un reproche adressé à un cocontractant qui a commis une faute.

Le juge a, pour résoudre la question de la qualification de la résiliation, à se demander s'il est en présence d'un juste motif, d'un motif abusif ou d'un motif légitime. Souvent, c'est par élimination qu'il aura le plus de facilité à reconnaître et à déclarer qu'un congé est abusif ou légitime.

Le juste motif est une notion, sinon très claire et bien délimitée, du moins connue; elle a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux et jurisprudentiels. Elle est, d'ailleurs, définie par la loi. La notion de motif légitime est facilement déterminable. Par déduction, le motif qui n'est ni un juste motif, ni un motif légitime, est un motif abusif.

DEUXIÈME PARTIE

Les conditions de la résiliation abusive du contrat de travail

CHAPITRE VI

Droit positif suisse

Le problème est le suivant : dans l'état de notre législation, la victime d'une résiliation abusive est-elle armée pour se défendre contre son auteur et lui réclamer, le cas échéant, une indemnité ? Dans l'affirmative, à quelles conditions ; sinon, pour quelles raisons.

Les articles que la partie lésée peut invoquer sont :

1. concernant l'abus d'un droit, l'art. 2 C.C. ;
2. concernant la résiliation du contrat de travail, les art. 345 et s. C.O. ou l'art. 23 L. fab., lettre *a*¹, ou encore la L. féd. restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire² du 1. 4. 1949.

Il résulte des textes cités sous chiffre 2 qu'en principe toute résiliation, même non motivée, est valable pour le plus prochain terme de congé, mais à la double condition que le délai de préavis, légal ou conventionnel, soit observé et que les relations entre employeur et employé ne cessent qu'à l'expiration dudit délai.

¹ Le texte de la lettre *b* a été abrogé : R.O.L.F. 1949, p. 1396.

² R.O.L.F. 1949, p. 1394 et s.

Font exception à la règle et sont *nuls* :

- a) les congés donnés par le fabricant pendant une incapacité de travail provenant d'accident ou de maladie, si l'incapacité n'est pas imputable à l'ouvrier et aussi longtemps qu'elle n'a pas dépassé quatre semaines (art. 23 L. fab., lettre a); il en est de même à l'égard des femmes en couches qui ne peuvent être congédiées pendant les six semaines qui suivent l'accouchement, ni pour un terme tombant dans cette période (art. 69, 2^e al., L. fab.);
- b) les congés donnés par l'employeur, soit en raison du service militaire que le travailleur doit accomplir, soit pendant que le travailleur est au service militaire et durant les quatorze jours qui suivent son licenciement (art. 2 et 3, L. féd. du 1. 4. 1949)¹;
- c) le congé donné par l'employé ou par l'ouvrier qui s'est chargé d'assumer ses fonctions pour la durée du service militaire de son employeur (art. 7 de la L. féd. du 1. 4. 1949).

Cela dit, voici la question précisée : l'art. 2 C.C. est-il applicable à une résiliation du contrat de travail ? La réponse est douteuse.

Pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause, il semble opportun d'examiner primo, la portée de l'art. 2 C.C. et de la théorie de l'abus des droits qui en découle et secundo, la situation juridique résultant de l'absence d'une réglementation précise concernant la résiliation abusive du contrat de travail dans la partie spéciale du C.O.

ARTICLE 2 C.C.

La théorie de l'abus des droits en Suisse a fait l'objet d'analyses précises et détaillées². Faisons ressortir ici ceux de ses éléments qui nous sont indispensables.

L'application des deux principes³ selon lesquels chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations conformément aux

¹ Conformément à l'art. 4 de la même loi, le délai de congé est suspendu par l'entrée du travailleur à un tel service et pour sa durée; il reprend son cours le lendemain du licenciement.

² COROI, *op. cit.*; EGGER, p. 64 et s.; FICH. jur. N° 90; MARTIN, R.dr.s. 1906, p. 21; PERROCHET, *op. cit.*; ROSSEL et MENTHA, p. 63 et s.; TUOR, p. 40 et s.

³ Art. 2, al. 1 et 2 C.C.

règles de la *bonne foi*, et l'*abus* manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi, se heurte à des difficultés pratiques dans le domaine de la résiliation du contrat de travail.

Ces deux règles générales sont destinées à paralyser l'esprit de chicane; elles sont simultanément une injonction faite aux parties et une instruction donnée au juge¹; de plus, elles impliquent, dans l'exercice d'un droit, une limitation difficile à préciser.

Le terme de *manifeste* accolé au mot abus, n'est pas heureux parce qu'il sous-entend — ce que le législateur n'a certes pas voulu — que l'abus tout court est toléré. En outre, nombre d'abus ne sont pas évidents, éclatants, donc manifestes, et les tribunaux tranchent tantôt d'une façon, tantôt d'une autre, pour des raisons qui ne sautent pas aux yeux².

Une des conditions essentielles de l'applicabilité de l'art. 2, al. 2, C.C., est l'existence d'un *dommage*³.

La *victime* doit prouver l'*abus du droit* (donc la mauvaise foi de l'autre partie) et le *préjudice* qui en résulte. C'est le principe admis qui, lui aussi, doit s'appliquer selon les règles de la bonne foi. Le Tribunal fédéral⁴ a jugé à ce propos que lorsqu'une partie doit faire la preuve, souvent difficile, de l'inexistence d'un fait, il n'est pas incompatible avec l'art. 8 C.C. d'inviter la partie adverse à fournir la preuve contraire pour contribuer à éclairer le débat. De plus, l'échec de cette seconde preuve constitue un indice en faveur de la thèse de l'autre partie.

Les *conséquences* de l'application de l'art. 2 C.C. sont que la partie qui abuse de son droit n'est pas protégée par la loi⁵, que la partie

¹ TUOR, p. 16 et 40.

² Cf. TUOR, p. 44, emploie cette expression qui n'est pas efficace; il y a en effet des abus qui échappent à un premier examen et qui peuvent être plus pernicioeux que d'autres qui « sautent aux yeux »: cf. ch. IV; mais toutefois: J.d.T. 1943, p. 507: « L'exercice du moyen de forme ne doit être empêché que si l'abus est manifeste, mais non lorsqu'il y a un *doute* »; ne plane-t-il pas toujours, dans un procès, un certain doute, soit sur la réalité d'un fait, soit sur son importance ou encore sur l'intention de son auteur? Cf. jurisprudence du Tribunal fédéral dans TUOR, p. 44 à 46; GRISEL, J.d.T. 1945, p. 169 dit avec raison: l'abus d'un droit peut être manifeste ou non. S'il est établi, c'est un acte contraire aux règles de la bonne foi.

³ ROSSEL et MENTHA, p. 66.

⁴ J.d.T. 1941, p. 171.

⁵ Cette expression négative « n'est pas protégé par la loi » est malheureuse; il aurait été plus indiqué de dire: « donne lieu à des dommages-intérêts » ou « oblige son auteur à la réparation du préjudice causé » ou quelque expression équivalente.

lésée peut acquérir une première action tendant à la suppression des conséquences ¹ qui résultent de l'abus et une seconde action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 41 C.O. ¹

ABSENCE D'UNE RÉGLEMENTATION SUR LES CONDITIONS DE LA RÉSILIATION ABUSIVE

La majorité des auteurs suisses ² admettent qu'une telle absence de réglementation ne porte pas préjudice aux droits de la victime d'une résiliation abusive. Ils partent du principe, juste, que l'art. 2 C.C. est applicable à tout le droit. Toutefois, ce principe souffre des exceptions; en voici une demi-douzaine :

a) Le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 2 C.C. n'est pas applicable à la *poursuite pour dettes* ³, ni à la *procédure* ⁴; en outre, il en est de même lorsqu'une partie fait valoir une *règle de forme*, à l'exception des cas où, par dol, elle a induit en erreur son cocontractant.

b) L'idée d'abus ne s'applique pas aux *droits discrétionnaires* ⁵. Dans l'exercice des droits de puissance, la personne qui agit dans les limites objectives de son droit n'a pas à rendre compte des sentiments qui la font agir. Le recours au juge n'est possible que lorsqu'il est consacré par la loi; on sort du droit civil pour entrer dans le droit public (pénal ou administratif). En ce qui concerne le droit au mariage, aucun des critères de l'abus ne semble applicable à l'exercice de ce droit. Dans un autre domaine, voici un exemple typique : une mère de famille, dans une succession, avantage un de ses enfants dans les limites fixées par les règles sur la quotité disponible. Quelle que soit

¹ ROSSEL et MENTHA, p. 67, parlent de « la suppression de l'abus » (art. 28, al. 1, C.C.) et de « réparation du tort éprouvé »; TUOR, p. 47; cf. PERROCHET, p. 284.

² Cf. GOLDSCHMIDT, p. 170; GRISEL, p. 512, précise que « en vertu des art. 2, C.C. et 20, C.O., le congé abusif ou immoral peut être déclaré nul »; HUG, I, p. 153; OSER-SCHÖNENBERGER, p. 1315 : « Das Kündigungsrecht steht wie jedes Recht unter Art. 2, Z.G.B. »

³ A.T.F. 54. 3. 170.

⁴ A.T.F. 60 3. 8.

⁵ RIPERT, p. 174 et 175; JOSSE RAND, p. 368, les appelle *droits absolus* et p. 201 fait cette remarque concernant la résiliation du bail ad nutum : « L'abus cesse d'être concevable parce qu'il s'agit ici de l'exercice d'un droit que les contractants ont volontairement destitué de toute finalité et auquel ils ont délibérément conféré un caractère purement abstrait en le détachant de sa cause »; cette remarque peut très bien s'appliquer à la résiliation de notre contrat de travail.

son intention, de nuire ou de ne pas nuire à ses autres enfants, son acte ne peut pas juridiquement être taxé d'abusif.

c) Le Tribunal fédéral, jusqu'à l'arrêt Frick du 9. 11. 1939¹, n'a pas appliqué les règles de l'abus des droits aux *mariages fictifs*, et, depuis son revirement de jurisprudence, l'argumentation fondée sur l'art. 2 C.C. prête le flanc à la critique².

d) Il semble inconcevable que l'art. 2 C.C. soit applicable à la résiliation du contrat de l'art. 346, 2^e al. C.O., le congé, comme toujours, étant supposé donné en respectant les conditions légales ou conventionnelles. Voici le cas : un employeur et un employé concluent un contrat de travail d'une première durée de quatre mois, en précisant qu'il pourra être résilié moyennant avertissement donné quinze jours avant l'expiration du délai; à défaut de quoi, le contrat continuera à déployer ses effets pour une nouvelle période de quatre mois. L'employeur donne congé en observant les conditions contractuelles; comment peut-on déceler un abus dans une telle résiliation ?

e) A fortiori, il en est de même du *contrat à l'essai* de l'art. 350 C.O. qui a été conclu précisément pour permettre aux parties de fixer un délai d'épreuve et, en cas d'incompatibilité, de se séparer immédiatement ou dans des délais que la loi a voulu très courts. Des motifs fondés sur l'incompatibilité d'humeur qui seraient taxés d'abusifs lors d'une résiliation d'un contrat ordinaire de travail, seraient parfaitement valables pour se séparer sans indemnité dans l'espèce de l'art. 350 C.O.

Et maintenant, il reste à résoudre une question précise : l'art. 2 C.C. est-il réellement applicable à une résiliation du contrat de travail ?

Les auteurs cités en note 2, page 64, répondent affirmativement. Egger³ est d'une autre opinion : il y a certains droits subjectifs, dit-il, qui échappent à l'emprise de l'art. 2 C.C., parmi lesquels le droit de résilier un contrat de travail.

Pour élucider le problème, il est utile de se rappeler qu'aucun principe ne supplée complètement, par une sorte de rectification préventive et générale, à l'imperfection de la législation⁴.

¹ J.d.T. 1940, p. 98. Ancienne jurisprudence : J.d.T. 1922, p. 524.

² J.d.T. 1940, p. 258 et s. : étude critique, motivée, de KNAPP que nous approuvons.

³ P. 74 et 75.

⁴ DEFROIDMONT, p. 156; SAVAÈTE, p. 44 : « Eine Rechtsprechung, die sich nur

Il n'y a pas de raisons pour qu'il n'en soit pas ainsi du principe de l'abus des droits. Les exceptions indiquées précédemment le prouvent.

Dès lors, s'il est juste de dire qu'en principe, l'art. 2 C.C. est applicable à tout le droit, il est inexact d'énoncer que le droit de résiliation, comme chaque droit, est soumis à l'art. 2 C.C. Cette dernière affirmation est trop absolue; la première, plus souple, laisse entendre que des exceptions sont toujours possibles.

Mais alors, quelles sont les caractéristiques juridiques de ces exceptions ? Il s'agit de droits bien définis et soumis à des conditions délimitées.

Cela nous conduit à constater que plus un droit est légalement défini et son exercice clairement conditionné, moins l'art. 2 C.C. est susceptible de lui être appliqué.

Souvent, le législateur conditionne l'exercice d'un droit pour en éviter un usage excessif. Lorsque les deux parties s'estiment traitées d'une manière réciproquement équitable, l'art. 2 C.C. est, au moins pratiquement, inapplicable. En d'autres termes, l'observation stricte des conditions, par l'une ou l'autre partie, exclut l'abus.

Une question qui mérite attention est celle-ci : les circonstances s'étant modifiées ¹, un droit peut-il aujourd'hui être susceptible d'abus, alors qu'il ne pouvait pas l'être au moment où il est entré dans la loi ? Lorsqu'il s'agit d'un droit soumis à des conditions précises et non susceptibles de plusieurs interprétations, la réponse, en principe, ne peut être que négative. Mais, pour empêcher, non seulement que des situations pratiques ne deviennent intolérables, mais aussi qu'une jurisprudence mal fondée en droit ne voie le jour, la manière logique et raisonnable de procéder, consiste à introduire la notion d'abus dans la partie spéciale du code qui, par sa nature, ne pouvait pas, tout au moins *pratiquement*, être touchée par elle.

Ces considérations nous remettent à l'esprit l'idée suivante : « La vraie question se pose donc, si la science juridique permet au Prince de *méconnaître* pour raison morale dans le particulier *un droit positif* qu'il a fondé et soutenu par voie générale. Et certes, il le peut s'il rend la justice sous un chêne au nom de la loi d'équité; mais dans nos sociétés auf *allgemeine Rechtsgrundsätze* stützen kann lässt dem richterlichen Ermessen einen zu grossen Spielraum und führt zu einer unterschiedlichen Beurteilung der einzelnen Fälle. Dadurch entsteht eine *Rechtsunsicherheit*. »

¹ Le marché du travail s'est transformé considérablement depuis 1911 : cf. HUECK, Wirt. u. R. 1949, Heft 1, p. 48 et s.

qui n'ont rien de patriarcal et où la loi de l'équité toute nue se voit impuissante à réaliser l'ordre, le Prince oublieux de sa loi positive sacrifierait à une *équité illusoire* le droit et la science.¹ » En effet, le droit positif a sa raison d'être principalement dans le fait qu'il supplée à l'*insuffisance pratique des déterminations morales*.

Il est des domaines dans lesquels le législateur ne peut pas raisonnablement faire de la casuistique; il en est ainsi, notamment, du droit de propriété. Mais chaque fois qu'il le peut, il doit intervenir pour préciser les cas d'abus². C'est la méthode suivie lors de l'élaboration de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30. 9. 1943. Il semble opportun d'agir de même pour la résiliation du contrat de travail.

Résumé et conclusions du chapitre VI

L'art. 2 C.C. est à lui seul insuffisant pour protéger efficacement la victime d'une résiliation injustifiée.

Il appartient, dès lors, au législateur de proposer un texte assez large et souple pour assurer une adaptation instantanée à l'évolution des relations entre employeurs et employés, mais en même temps, assez précis pour guider l'autorité judiciaire et informer le justiciable.

Avant d'examiner les différentes solutions possibles du problème, il est indiqué de faire un premier exposé des règles françaises et allemandes, puis un second sur l'activité législative suisse actuelle.

¹ DEFROIDMONT, p. 148.

² SCHWEINGRUBER : Wirt. u. R. 1949, Heft 1, p. 62 : « Der Gesetzgeber wird gut tun, die Folgen einer missbräuchlichen Kündigung speziell nach der materiellen Seite ... und prozessual ... auszubauen. »

Cf. GERMANN : Wirt. u. R. 1949, Heft 3, p. 153; NAEGELI : R. d. Arb. 1950, p. 175.

CHAPITRE VII

Exposé de droit étranger

Il s'agit ici de relever les règles fondamentales des droits français et allemand concernant la résiliation abusive du contrat de travail. Les différences sont importantes et assez profondes pour rendre malaisée l'étude d'une des deux législations dans le cadre de la réglementation de l'autre ¹. Cela s'explique par le fait que ces deux droits ont subi le contrecoup d'une évolution politique et juridique différente.

Et d'abord, le cadre *politique*. Alors que la France est passée de la Troisième République ² à une Quatrième qu'il n'est pas exagéré de qualifier de Troisième prolongée et qu'elle a retrouvé son autonomie dès la fin de la guerre, l'Allemagne est encore aujourd'hui au stade de l'occupation étrangère par quatre Puissances, après avoir successivement éprouvé les systèmes monarchique, républicain et dictatorial. Cette situation instable, qui a ses répercussions dans le domaine du droit, rend difficile la synthèse des règles d'une institution juridique qui a varié.

Puis, le problème *juridique*. La France, en matière de rupture injustifiée, a connu et connaît encore une évolution jurisprudentielle continue, fondée sur la théorie de l'abus des droits et sur la faculté de résiliation, ouverte tant à l'employeur qu'à l'employé. L'Allemagne, qui a fait de son droit du travail, un droit de classe et une législation de groupe, a favorisé une des parties au contrat : seul le salarié est bien protégé. L'employeur ne peut résilier le contrat de travail que si la personne du travailleur ou la situation de son entreprise lui donne un

¹ Cf. VINCENT, p. 5.

² Le régime spécial de 1940 à 1945 n'a pas laissé de traces divergentes dans le domaine que nous traitons ici.

motif suffisant de le faire ¹. En outre, les systèmes français et allemand de réglementation sont différents. Les tribunaux français ont fondé leur jurisprudence essentiellement sur la règle qui prévoit que la résiliation du contrat de travail par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts, tandis que le législateur allemand a procédé principalement par la méthode casuistique. Les ouvriers français ont bénéficié d'une évolution continue et favorable de leur droit du travail qui se fonde sur des règles applicables sur tout le territoire français, tout au moins de la métropole. Tel n'est pas le cas de l'Allemagne ² dont la législation manque d'unité pour les raisons indiquées ci-dessus; un projet de loi sur la protection des congés ³, applicable sur tout le territoire de l'Allemagne occidentale, tend à unifier cette matière.

LE DROIT FRANÇAIS

C'est la jurisprudence, en France, qui a créé la théorie de la rupture abusive du contrat de travail.

L'exercice du droit de résiliation, après l'adoption du Code civil, était unanimement considéré comme licite lorsque les délais de préavis étaient respectés ⁴.

Au milieu du siècle dernier, les tribunaux estimèrent, avec raison, que l'exercice du droit de résiliation pouvait causer à la partie congédiée un *préjudice injuste* ⁵ qui légitimait une réparation. Mais cette dernière n'était accordée que lorsqu'on pouvait relever une véritable *faute* à la charge de la partie résiliante. De cette époque aussi, date la distinction entre rupture injustifiée et brusque rupture et c'est à propos de cette dernière que la théorie de la résiliation injustifiée a fait sa première apparition.

En 1858 ⁶, la Cour de Paris, tout en reconnaissant le principe de la résiliation *ad nulum*, accorde à une personne congédiée une *juste indemnité* pour la privation de son emploi.

¹ VINCENT, p. 630.

² Ch. II, section 1.

³ R.d.A. 1951, p. 58 et s., 142, 178, 311 et 344. La loi sur la protection des congés a été promulguée; elle porte la date du 10. 8. 1951. Le projet de loi, puis la loi, ont été commentés dans R.d.A. 1951, p. 25, 81, 267, 281 et 433.

⁴ VINCENT, p. 461 et les auteurs cités.

⁵ VINCENT, p. 371 et D.P. 1850, 2, 47.

⁶ Cf. DUPONT, p. 17.

Une année plus tard, la Cour de Cassation ¹ laisse à l'appréciation des juges la fixation d'une indemnité, lorsque la dénonciation a été faite à *contretemps* et d'une manière préjudiciable à l'*intérêt* d'une des parties.

A la suite de la résistance de la Cour de Cassation à appliquer l'art. 1382 C.C.fr. à une résiliation ² et d'un certain flottement dans la jurisprudence de quelques Cours d'Appel ³ concernant les notions de motif légitime de résiliation et de faute dans l'exécution du contrat, naissait un courant d'opinion favorable à une consécration légale du principe que le contrat de travail ne doit pas être rompu *arbitrairement* ⁴.

La loi du 27 décembre 1890 ⁵ pose le principe de la *rupture abusive* et donne des éléments d'appréciation sur le calcul de l'éventuelle indemnité à laquelle les parties ne peuvent renoncer d'avance.

Toutefois, ce texte légal fut insuffisant; son interprétation souleva des difficultés et fit naître des controverses doctrinales ⁶ dont nous faisons abstraction ici. L'essentiel est de préciser qu'en dépit de l'adoption de la loi précitée, l'opposition antérieure entre les Cours d'Appel et la Cour de Cassation persistait. Les premières défendaient le point de vue que le renvoi est abusif lorsque son auteur n'est pas en mesure d'invoquer et de justifier un *motif légitime*; la seconde restait attachée à sa doctrine ancienne et proclamait que la nouvelle loi ne faisait que consacrer le principe jurisprudentiel selon lequel une indemnité de rupture injustifiée n'était allouée que lorsque le plaignant prouvait qu'il avait été victime d'un abus du droit de résiliation. Une *faute prouvée* était donc nécessaire pour qu'il y ait abus.

Il fallut attendre 38 ans un texte meilleur. Le législateur, dans la loi du 19 juillet 1928 ⁷, remania l'ancien texte et précisa d'abord que

¹ D.P. 1859, 1, 57.

² DUPONT, p. 18.

³ VINCENT, p. 462.

⁴ VINCENT, p. 372.

⁵ Texte des deux premiers alinéas : « Le louage du service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. » « Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts. »

⁶ DUPONT, p. 21 et s.

⁷ Le texte de cette loi correspond à celui de l'art. 23 actuel, C. Trav. Voici les al. 1, 4, 5 et 9 :

« Le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. »

« La résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts. » (*suite p. 72*)

l'indemnité pour rupture abusive ne doit pas se confondre avec l'indemnité pour brusque rupture, puis que les tribunaux, pour apprécier s'il y a abus, peuvent faire une enquête sur les circonstances de cet abus, enfin, que le jugement doit mentionner le motif allégué par la partie qui rompt le contrat.

Cette rédaction n'apporte pas toutes les précisions désirables, car, d'une part, elle ne fait que proclamer à nouveau le principe de la rupture abusive sans en préciser la notion, d'autre part, elle peut laisser croire que la nouvelle législation implique un renversement de la charge de la preuve et qu'il incombe au patron, partie résiliante dans la majorité des cas, d'établir qu'il a un motif légitime de résilier¹.

La loi du 5 février 1932² concernant la responsabilité du salarié qui engage à nouveau ses services après avoir rompu abusivement un contrat de travail, d'une part, et quelques textes³ prescrivant des régimes spéciaux principalement pour les femmes et les enfants, les grands mutilés de guerre, les réservistes et les territoriaux, d'autre part, viennent compenser l'insuffisance des dispositions du code civil en la matière, mais donnent à l'œuvre législative un manque d'unité.

« Les dommages-intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part, la résiliation abusive du contrat par la volonté d'une des parties contractantes; le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture. Le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat. »

« Les parties ne peuvent renoncer par avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus. »

¹ La Cour de Cassation a maintenu sa jurisprudence par laquelle la preuve du motif et du caractère abusif de celui-ci incombe toujours au demandeur. D.P. 1930, 1, 71.

² Cette loi fait l'objet de l'art. 23 a C. Trav., dont voici le texte :

« Lorsqu'un salarié, ayant rompu abusivement un contrat de travail, engage à nouveau ses services, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent dans les trois cas suivants : 1° quand il est démontré qu'il est intervenu dans le débauchage; 2° quand il a embauché un travailleur qu'il savait déjà lié par un contrat de travail; 3° quand il a continué à occuper un travailleur après avoir appris que ce travailleur était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Dans ce troisième cas, la responsabilité du nouvel employeur cesse d'exister si, au moment où il a été averti, le contrat de travail abusivement rompu par le salarié était venu à expiration, soit, s'il s'agit de contrats à durée déterminée, par l'arrivée du terme, soit, s'il s'agit de contrats à durée indéterminée, par l'expiration du délai-congé ou si un délai de quinze jours s'était écoulé depuis la rupture dudit contrat. »

³ Codifiés ou non. Cf. C. Trav. dans les petits codes Dalloz, édit. 1951, p. 786 et les art. 25 et s. C. Trav.

Résumons-nous et énonçons les principes qui se dégagent du système légal et jurisprudentiel français.

- a) Le droit de résilier unilatéralement ¹ un contrat de travail à durée indéterminée est reconnu à chacune des parties.
- b) Le droit de résiliation est susceptible d'abus et la question de la responsabilité qui incombe à la partie congédiant se rattache à la théorie de l'abus des droits.
- c) L'abus se caractérise par l'absence d'un motif légitime de rupture.
- d) Le juge recherche et retient le motif, décide s'il constitue l'abus du droit de résilier et le mentionne dans son jugement.
- e) La Cour de Cassation exerce un contrôle sur la qualification juridique du motif.
- f) Le fardeau de la preuve incombe au demandeur.
- g) La partie congédiée, victime d'un abus, obtient une indemnité. Pour le moment, seuls les points *b* et *c* sont dignes d'intérêt.

Rappelons qu'aucun texte légal ne donne de précisions sur la notion de rupture abusive. Cette lacune peut être critiquée, encore qu'un texte précis dans ce domaine comporte le risque d'être insuffisant. La jurisprudence, sans être paralysée par une règle stricte, peut évoluer avec plus de souplesse et s'adapter aux transformations sociales et économiques; étant en contact avec les modifications constantes de la vie, elle est à même d'adopter successivement, et souvent cumulativement ², les critères proposés par la doctrine, ou de les rejeter.

La notion de l'abus du droit de résiliation se ramène à l'absence de motif légitime et les arrêts de la Cour de Cassation font continuellement appel à des expressions équivalentes ³.

Précisons les conditions de la responsabilité que l'auteur d'une résiliation abusive encourt.

A l'origine, la victime de la résiliation ne peut obtenir une indemnité que si la partie résiliante a commis une véritable *faute*. L'intention

¹ VINCENT, p. 409, précise que l'exercice de ce droit n'était lié originairement qu'à l'observation de règles de forme coutumières, mais qu'il est aujourd'hui soumis à des règles de *forme* ayant trait à la déclaration de volonté et au délai de prévenance, et à des règles de *fond* se présentant sous un aspect négatif, en ce sens que la déclaration ne doit pas être inspirée par un *motif injustifié*.

² Cf. VINCENT, p. 471.

³ Cf. VINCENT, p. 195 et 401, qui indique : cause légitime, motif légitime, juste motif, intérêt légitime et mobile légitime. ROUAST, dans D.H. 1928, p. 5 : la jurisprudence considère le renvoi dépourvu de juste motif comme un abus de droit.

de nuire paraît avoir été le critère déterminant pour déceler cette faute ¹ et les tribunaux ne distinguaient pas nettement l'indemnité accordée en cas d'inobservation du délai-congé de celle qui était fondée sur une faute dans l'exercice du droit de résiliation.

Peu à peu, sous l'influence, semble-t-il, du vœu exprimé par l'avocat général Rau ² que les tribunaux se montrent plus larges dans l'appréciation des faits à considérer comme constitutifs d'une faute, la jurisprudence a élargi considérablement le domaine d'application de la résiliation abusive. Elle a adopté plusieurs critères. La Cour de Cassation, d'ailleurs, n'a jamais voulu s'en tenir à quelques principes bien définis, se réservant d'examiner *chaque cas* pour lui-même et de juger selon les *circonstances*.

Pour contrôler le caractère abusif de la résiliation, la Cour de Cassation tient à être entièrement libre de retenir *tous les mobiles* objectifs ou subjectifs auxquels peut obéir l'auteur de la résiliation, qu'il soit employeur ou employé.

Les tribunaux français ont employé un grand nombre d'expressions ou de vocables pour qualifier d'abusive une résiliation. C'est ainsi qu'un arrêt ³ déclare que la dénonciation ne doit pas être faite à contretemps et d'une manière préjudiciable à l'intérêt de l'une des parties; des indemnités ont été accordées à des salariés congédiés sans motif sérieux ou pour un motif n'ayant pas une gravité suffisante ³. D'autre part, les résiliations sont abusives lorsqu'elles interviennent sans motif précis, sans raison apparente, par suite d'un coup de tête ou par caprice ou si elles sont inspirées par un esprit de malveillance, de vengeance ou de représailles ⁴. Une résiliation ne doit intervenir qu'à bon escient et justifiée par les circonstances; elle ne doit pas être choquante, excessive, imméritée.

Durand et Vitu ⁵ distinguent deux hypothèses de rupture abusive par l'employeur :

- a) celle où la résiliation, en elle-même légitime, est entourée de *circonstances externes* qui la rendent abusive. En effet, un fait qui accompagne une résiliation peut être fautif : un employeur avertit

¹ DURAND et VITU, p. 870.

² S. 1895, 1, 313.

³ REUFLET, p. 41 et note 1, page 71.

⁴ JOSSERAND, p. 198.

⁵ P. 872.

au dernier moment un ouvrier de l'extinction d'un four dont la réparation ne présentait aucun caractère d'urgence ou bien un employeur motive la résiliation par une imputation grave reconnue inexacte par la suite;

b) celle où la résiliation est abusive en raison du *motif* qui la détermine.

Les auteurs précités affirment que, dans la doctrine la plus récente, « le concept de l'abus se résout dans celui de la faute » ¹. Il y a faute, engendrant responsabilité, lorsque la partie résiliante use de son droit autrement que ne le ferait une personne d'un comportement normal et d'une intelligence moyenne.

L'employeur peut commettre des fautes; la plus importante est de *détourner le droit de résiliation de sa fin normale*.

Le salarié peut aussi résilier abusivement un contrat de travail, mais les cas de ce genre sont plus rares. L'abus est apparent surtout en cas de brusque rupture.

En résumé, le renvoi est *légitime*, lorsque l'auteur de la rupture invoque soit un *grief légitime*, qui est un reproche adressé à son cocontractant parce qu'il a commis une faute, soit un *motif légitime* qui est une raison subjective juste dont le fondement doit être recherché dans l'intérêt ou dans le but poursuivis ².

Un *fait* ne constitue pas, par définition, une faute; il peut être qualifié de fautif ou pas selon la réalité du *motif* invoqué, l'*intention* de son auteur ou les *circonstances* qui l'entourent.

Les fautes et leurs conséquences varient à l'infini ³.

Les tribunaux tranchent en équité et la Cour de Cassation se réserve d'examiner si les jugements ne sont pas arbitraires.

Un renvoi est toujours justifié lorsque la *faute* commise par la partie congédiée a une certaine *gravité*.

Le renvoi est abusif si le fait invoqué pris pour lui-même ne constitue pas une faute ou ne peut être qualifié que de faute légère.

La gravité de la faute est laissée à l'appréciation des tribunaux, d'après toutes les circonstances de la cause ⁴.

¹ DURAND et VITU, p. 873.

² Cf. CHARRIÈRE, p. 88 et s.

³ Q. prud. 1946, p. 85.

⁴ Q. prud. 1946, p. 83.

LE DROIT ALLEMAND

Pendant le ^{xix}^e siècle, la faculté de résiliation du contrat de travail constitue un droit de tout contractant qui n'a pas besoin d'être motivé.

Une législation du travail s'élabore peu à peu; il faut en chercher la cause dans le développement extraordinaire de l'industrie allemande et ses conséquences : l'accroissement de la population et la naissance d'un prolétariat ouvrier. Dès la fin du siècle, les règles sur la résiliation subissent des modifications.

Le code *industriel* et le code de *commerce* ne renferment encore aucune disposition qui rappelle ou qui fasse allusion à la notion d'abus. Le premier, rédigé en 1869 ¹, contient des textes précis sur la rupture du contrat de travail. Ce dernier peut être dissous par une dénonciation faite librement 14 jours d'avance; à ce principe fait suite une énumération de cas de rupture sans préavis ² applicables soit aux ouvriers d'industrie, soit aux employés industriels, contremaîtres et techniciens. Le second, de 1897 ³, comprend des règles semblables pour les commis et les apprentis.

Il faut attendre le *code civil allemand* ⁴ pour avoir plus de précisions sur la conclusion, le fonctionnement et la dissolution du contrat de travail. On y trouve, en particulier, la notion de *dénonciation à contre-temps* ⁵ : l'auteur d'une telle dénonciation, qui ne peut pas justifier sa résiliation intempestive, est tenu de réparer le dommage que subit la partie adverse.

Tous les textes de lois susindiqués furent l'objet de violentes attaques de la part des syndicats ouvriers qui, non seulement les trouvèrent nettement insuffisants, mais encore formulèrent des revendications portant essentiellement sur l'adoption de nouvelles mesures

¹ Gew. O. § 122 et s.

² Ex. : la tromperie, le vol, les voies de fait.

³ H.G.B., § 66 et s.

⁴ B.G.B., § 611 et s.

⁵ B.G.B., § 627 : *Unzeitige Kündigung*; il s'agit d'une résiliation anticipée, sans observation ou avec observation partielle du délai-congé, lorsque les relations contractuelles se fondent principalement sur un rapport de confiance. La rupture est admise, même si le motif qui la légitime n'est pas une « cause grave » (*wichtiger Grund*). Rappelons que tous les rapports de services peuvent être dénoncés par chaque partie, sans observer aucun délai de dénonciation, lorsqu'il y a une cause grave (B.G.B., § 626 : *Vorzeitige oder fristlose Kündigung*).

de protection contre les congés régulièrement donnés quant à la forme, mais injustifiés ¹ quant au fond.

On peut, dès lors, distinguer trois périodes dans l'évolution du droit allemand tendant à régir l'abus dans la résiliation du contrat de travail : la première, de 1920 à 1934, de beaucoup la plus importante; la deuxième, de 1934 à 1945; la troisième, de 1945 à nos jours. De plus, il sera opportun de parler de l'activité législative actuelle. Chacune de ces périodes est caractérisée par des textes légaux particuliers; les lois postérieures abrogent les lois antérieures, bien que, fondamentalement, elles ne se différencient pas. En effet, on discerne une certaine constance dans la conception allemande de la résiliation abusive du contrat de travail. D'une manière générale, les juristes allemands ont considéré et considèrent encore qu'il y a abus (*Missbrauch*) lorsque, eu égard à la puissance économique de l'employeur, la rupture du contrat par ce dernier apparaît comme une mesure que ne justifie aucun motif objectif et qui ne se fonde pas sur le comportement de l'employé, ni sur la situation particulière de l'entreprise ²; ainsi, le congé peut être donné à l'encontre des règles de la bonne foi.

On peut se demander si les règles positives du B.G.B. n'étaient pas suffisantes pour résoudre le problème de la résiliation abusive ³. En effet, une règle ⁴ interdit l'exercice d'un droit lorsqu'il n'a d'autre but que de causer un *dommage* à autrui; une disposition ⁵ oblige à réparation du dommage toute personne qui le cause intentionnellement et d'une manière qui porte atteinte aux *bonnes mœurs*; un texte ⁶ rappelle que tout droit doit être exercé conformément aux règles de la *bonne foi*.

Dans la pratique, l'application de ces règles générales s'avéra pleine d'obstacles, essentiellement parce qu'elle n'apportait pas un moyen efficace de discuter les motifs de rupture ⁷. Une réglementation précise du droit de résiliation était nécessaire.

1. En 1920, la loi sur les *conseils d'entreprises* ⁸ investit ces derniers de fonctions spéciales dans le domaine de la résiliation du contrat de

¹ Cf. VINCENT, p. 13.

² MAUS, p. 331.

³ Cf. ch. VI : application de l'art. 2 C.C.

⁴ B.G.B., § 226.

⁵ B.G.B., § 826.

⁶ B.G.B., § 242.

⁷ VINCENT, p. 261.

⁸ B.R.G., § 74, 84 et s.

travail par l'employeur. C'est ainsi que les conseils d'entreprises sont consultés lorsque l'extension ou la réduction des affaires de l'entreprise ou encore l'introduction de nouveaux procédés techniques et de nouvelles méthodes de travail et d'organisation nécessitent le licenciement de salariés.

C'est cette loi qui a inauguré le principe de l'*opposition au congé*, particulier au droit allemand. Le salarié congédié peut, dans un délai de cinq jours, faire opposition au congé et en appeler au conseil d'ouvriers ou d'employés pour différents motifs — dont nous retenons les plus importants — d'abord, lorsqu'il a des raisons de suspecter que le congé est dû à son sexe, à son activité politique, militaire, religieuse ou syndicaliste ou au fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à une société poursuivant un tel but; puis, lorsque le congé a été donné sans invoquer de raison; enfin, et ce cas est digne d'intérêt, lorsque le congé apparaît *injuste* et entraîne des conséquences qui ne sont dues ni à la *conduite* du salarié, ni à la situation de l'*entreprise* ¹.

Le droit d'opposition ne peut être exercé que par les salariés travaillant dans une entreprise qui emploie au moins vingt personnes.

La loi précise, en outre, que si le contrat est résilié sans délai pour raison grave, c'est-à-dire que le congé est fondé sur un motif important, le salarié peut alléguer, dans son opposition, que ledit motif est invoqué à tort ².

Certaines catégories de salariés, en particulier les femmes en couches, les grands invalides et les vieux employés bénéficient de statuts spéciaux dans le détail desquels nous n'entrerons pas. Disons simplement que, pendant certains délais, les contrats de travail desdites femmes ne peuvent pas être résiliés et que, pour les autres salariés susindiqués, la loi a rendu plus difficile pour l'employeur l'usage des modes usuels de dénonciation du contrat.

En interprétant ces textes pour en dégager les conditions d'application d'une résiliation injustifiée, les juges et les commentateurs sont partis de l'idée juste que le salarié étant à l'égard de son employeur dans un état de dépendance économique, la rupture des rapports de services peut avoir pour lui de graves conséquences ou des conséquences plus graves que pour l'employeur. Il importe, dès lors, que ce dernier ne fasse de son droit de résiliation qu'un usage *équitable* non

¹ B.R.G., § 84, al. 1, N° 4.

² B.R.G., § 84, al. 2.

susceptible d'être qualifié d'antisocial¹ ou de contraire aux mœurs².

En d'autres termes, il faut *éviter l'abus*, comme à l'occasion de l'exercice d'un droit quelconque. En principe, il y a résiliation abusive lorsque, eu égard à la puissance économique de l'employeur, la rupture du contrat par ce dernier apparaît comme une mesure que ne justifie aucun *motif objectif* et qui ne se fonde pas sur le comportement de l'employé, ni sur la situation particulière de l'entreprise³.

A ce propos, il est utile d'indiquer quelques cas dont les tribunaux allemands ont eu à s'occuper. A juste titre, ces derniers ont admis que les faits invoqués par l'employeur pour justifier le congé doivent être appréciés *in concreto* et non pas *in abstracto*⁴. De plus, un fait ne constitue pas par lui-même une faute; c'est souvent, les circonstances qui entourent un fait qui le rendent fautif. En 1931, le Tribunal d'Erfurt⁵ a déclaré antisocial le renvoi d'un vieil employé, père de deux enfants, bien que l'entreprise fût en mauvaise posture; ce renvoi n'était fondé que sur quelques fautes d'inadvertance.

Quelquefois même, un fait, survenant sans faute aucune d'un employé, peut légitimer un renvoi; c'est le cas de la vieillesse ou de la maladie. Il a été jugé que la vieillesse doit provoquer une diminution notable de la capacité de travail⁶ pour constituer un motif suffisant de rupture; d'autre part, une opposition élevée par un salarié renvoyé pour cause de maladie a été rejetée, car l'absence du salarié entravait la marche de l'entreprise⁷.

De même qu'en France, les intérêts supérieurs de l'exploitation priment les intérêts personnels des salariés. Toutefois, ces derniers ne doivent pas être les victimes de décisions patronales arbitraires. A ce sujet, les tribunaux allemands ont pris des décisions logiques que l'on peut résumer ainsi : à valeur égale, il est normal de renvoyer le salarié économiquement le plus fort, celui qui possède une fortune ou dont la femme travaille, ou encore qui a une occupation accessoire⁸. De même,

¹ SAVAÈTE, p. 151; VINCENT, p. 286.

² MAUS, p. 335 et 337 (sozialwidrige und sittenwidrige Kündigung).

³ MAUS, p. 331.

⁴ VINCENT, p. 287.

⁵ VINCENT, p. 287, note 19.

⁶ VINCENT, p. 287 : Aussi longtemps qu'un salarié fournit les mêmes services que lors de son entrée dans l'entreprise, il ne serait pas suffisant d'invoquer son grand âge pour légitimer son renvoi.

⁷ VINCENT, p. 287, note 20.

⁸ VINCENT, p. 291 et 293.

en principe, la jurisprudence admet qu'une entreprise qui voit ses commandes diminuer, s'efforce de comprimer ses frais généraux; les tribunaux ne recherchent pas si elle est encore à même de conserver sa main-d'œuvre en la payant avec les bénéfices réalisés antérieurement; au plus, exigent-ils du patron des explications sur les congés qu'il a donnés.

Dans toutes ces hypothèses, l'exercice du droit de résiliation doit être conforme aux règles de la *bonne foi*. La résiliation n'est justifiée que si les tribunaux constatent qu'elle est fondée sur des *motifs objectivement suffisants*. Pour juger si un motif est objectif ou pas, au regard des règles de la bonne foi, le juge doit connaître les us et coutumes des affaires ¹.

L'abus se manifeste donc de différentes façons. Il réside aussi dans le *motif* invoqué qui peut paraître suffisant, mais qui cache un désir de se séparer d'un employé pour des raisons que les mœurs ou les règles de la bonne foi reprouvent.

Le juge, appelé à qualifier une résiliation qui lèse plus ou moins réellement des droits de la partie congédiée — droits, d'ailleurs, non précisés par la loi, mais qui existent selon les règles de la bonne foi et en raison des circonstances de chaque cas — peut être embarrassé pour justifier sa décision.

La jurisprudence allemande a fait usage de différentes expressions pour qualifier d'injustifiée une résiliation donnant lieu à des dommages-intérêts. On y trouve : résiliation *abusive* ², *arbitraire* ³, *antisociale* ⁴, de *mauvaise foi* ⁵ et *contraire aux bonnes mœurs* ⁶.

En vertu des §§ 138 et 242 B.G.B., la résiliation, comme tout autre acte juridique, doit être exercée conformément aux bonnes mœurs et selon les règles de la bonne foi; si tel est le cas, elle est valable et déploie ses effets immédiatement ou après le délai de préavis; sinon, elle est abusive et, en principe, donne lieu à une indemnité ⁷. Bien que l'acte contraire aux mœurs soit nul, la doctrine, lorsqu'il s'agit de rési-

¹ MAUS, p. 332 : ... wenn eine Kündigung ... « gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstösst » ?

² Missbräuchlich.

³ Willkürlich.

⁴ Sozialwidrig.

⁵ Gegen Treu und Glauben.

⁶ Sittenwidrig.

⁷ Elle peut être aussi sans effet juridique (Rechtsunwirksam); cf. SAVAÈTE, p. 44 et R.d.A., 1950, p. 67.

liation, hésite à déclarer si elle est nulle ou donne lieu à des dommages-intérêts ¹; de toute façon, elle est abusive. Plus spécialement, l'abus en matière de rupture du contrat de travail résulte de l'*arbitraire* de la mesure prise par l'employeur. Tel est toujours le cas de la résiliation qui n'est pas fondée soit sur des motifs qui touchent la personne du travailleur ou sa conduite, soit sur des motifs qui sont en rapport direct avec l'entreprise. Il a été jugé qu'un congé donné pour empêcher un travailleur de se marier est nul, parce que contraire aux bonnes mœurs; toutefois, un tel congé peut être justifié dans une entreprise agricole, lorsque l'employeur a des raisons suffisantes pour limiter le nombre des personnes qui vivent en commun avec lui ².

2. En 1934, l'O.N.A. entre en vigueur. Sous le régime hitlérien, la législation et la jurisprudence sont influencées par la politique. D'une manière générale, la révolution nationale-socialiste anime d'un esprit nouveau le droit du travail et abolit bon nombre d'institutions de l'époque républicaine.

Le nouveau texte susindiqué abroge la B.R.G.; toutefois, les garanties accordées aux salariés victimes d'une résiliation injustifiée sont contenues dans une règle ³ qui est fortement inspirée de la formule générale de la B.R.G.

Les conditions d'exercice du droit d'opposition sont plus strictes puisque pendant la première année des rapports de services, le salarié ne peut pas en bénéficier. On a voulu ainsi diminuer le nombre des procès.

La prétention du salarié est soumise aux deux conditions fondamentales suivantes : primo, que le renvoi soit d'une rigueur injuste, et secundo, que la situation de l'entreprise n'exige pas cette rigueur.

Il ne semble pas utile de s'arrêter plus longuement sur ce texte qui fut d'ailleurs peu appliqué et que les tribunaux ont interprété d'une manière trop extensive en faisant appel à des considérations idéologiques ⁴.

3. La période qui s'étend de 1945 à nos jours est transitoire; elle est caractérisée par la renaissance des anciens textes et par l'application des principes jurisprudentiels érigés sous l'empire de la B.R.G.;

¹ MAUS, p. 337.

² R.d.A. 1948, p. 195 et ch. IV.

³ § 56, al. 1, i.f.; selon ce texte, le salarié peut s'opposer à la résiliation « wenn diese unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist ».

⁴ Voir ch. II, section 3, notes 1 et 2, page 30.

de plus, la complexité de cette période est accentuée par une double activité législative : l'une régionale, l'autre nationale. Cette dernière sera étudiée sous chiffre 4 ci-après.

L'abrogation de l'O.N.A. laisse une lacune, comblée dans quelques pays par une réglementation nouvelle ¹.

Le manque d'unité est regrettable dans un tel domaine.

La revue *Recht der Arbeit* ² a donné de cette période un tableau détaillé des règles appliquées dans les trois zones : américaine, française et britannique.

En résumé, dans les zones américaine et française, une réglementation nouvelle a repris la formule de la résiliation injustifiée donnée par l'O.N.A. : rupture d'une rigueur injuste et qui n'est pas déterminée par la situation de l'entreprise. Seule, la loi de Bavière ne connaît pas la notion de rigueur injuste; la résiliation, pour elle, est injustifiée lorsque les motifs invoqués par la partie résiliante pour mettre fin au contrat, apparaissent objectivement insuffisants.

Dans la zone britannique, on a eu recours à un autre critère : celui de l'arbitraire. La rupture est injustifiée lorsqu'elle est arbitraire. Tel est le cas d'une résiliation non justifiée par des considérations qui touchent à la personne même du travailleur (ex. incapacité) ou à sa conduite (ex. vol) ou n'est pas imposée par la situation de l'entreprise (ex. manque de travail).

4. Le conseil économique de la bizonie, en juillet 1949, a proposé une nouvelle loi ³ sur la protection des congés. Cette loi devra apporter, en Allemagne occidentale, l'unité désirable sur une question des plus actuelles.

L'activité législative est aujourd'hui terminée ; la loi a été promulguée le 10. 8. 1951. Elle pose le principe qu'une résiliation antisociale est sans effets juridiques. Ce faisant, elle innove; la protection de l'employé semble dès lors mieux assurée, sans pour cela que des résiliations nécessaires et justifiées ne puissent plus avoir lieu.

La résiliation est *inéquitable du point de vue social* lorsqu'elle ne se justifie pas par des motifs qui se fondent soit sur la *personne* même du travailleur ou sur sa *conduite*, soit sur des exigences de l'*entreprise* si

¹ R.d.A. 1950, p. 236 et 273 (HUECK et MOLITOR); 1951, p. 25 (GALPERIN).

² 1951, p. 61 et s.

³ R.d.A. 1950, p. 63 et s.; 1951, p. 58 et s. et 311.

Commentaires : 1951, p. 61 et s. et 281 et s. Voir note 3, page 70.

impérieuses qu'elles font obstacle à une continuation des rapports de services ¹.

Cette disposition n'est applicable qu'à l'égard d'un salarié, âgé de *vingt ans* au moins, qui a été occupé dans la même entreprise sans interruption pendant plus de *six mois*; de plus, l'entreprise doit employer *cinq personnes* au moins, à l'exclusion des apprentis.

Quel est le sort, dans ces conditions, des salariés de moins de vingt ans ou qui travaillent dans des entreprises qui emploient moins de cinq personnes ? Les paragraphes 138 et 242 B.G.B. les protègent; mais il est clair que de tels employés ne peuvent pas bénéficier, par l'application des règles générales du B.G.B., de la même protection que les autres salariés qui se réclament de la nouvelle loi.

Pour les salariés non soumis à la nouvelle loi, les anciens principes jurisprudentiels sur la distinction toujours controversée entre résiliation *antisociale* et résiliation typiquement *contraire aux mœurs* leur seront applicables ².

Les différences essentielles entre les anciennes et les nouvelles dispositions sont les suivantes : d'abord, le principe de la liberté de résilier est rejeté et l'on veut assurer à l'employé sa place et son appartenance à l'entreprise ³ dans les limites que les exigences sociales et économiques justifient; puis, on veut protéger l'employé désireux de continuer son activité alors que rien d'impérieux n'oblige l'employeur à s'en séparer, même moyennant indemnité; enfin, la loi déclare inefficace toute résiliation antisociale, cela contrairement au principe admis jusqu'ici ⁴.

En résumé, et en d'autres termes, le droit allemand fait la distinction classique entre contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée. Concernant cette dernière catégorie, il sépare nettement le congédiement régulier du congédiement irrégulier. Le premier implique la déclaration de volonté unilatérale de mettre fin au contrat et l'observation d'un certain délai, mais n'impose pas à la partie résiliante l'obligation de motiver sa décision. La validité de l'acte en droit civil

¹ Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch zwingende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betriebe entgegenstehen, bedingt ist.

² R.d.A. 1951, p. 283 (HUECK).

³ Arbeitsplatz und Betriebszugehörigkeit.

⁴ R.d.A. 1951, p. 63 et 82.

est donc indépendante de tout motif; toutefois, le salarié, dans certaines conditions, peut faire opposition à un congédiement régulier en vertu d'une règle de droit *social* ¹. De plus, un congédiement peut être déclaré nul ². Le second, en revanche, exige de la partie qui met fin au contrat, en plus de la déclaration de volonté, la justification que le congé est fondé sur un motif grave provoquant une rupture prématurée et brusque.

Le droit allemand, contrairement au droit français, consacre le principe de l'abus des droits, mais les juristes ont toujours manifesté une certaine répugnance à en faire application dans l'extinction des rapports de services ³. On a voulu éviter de porter atteinte à la distinction fondamentale signalée ci-dessus entre dénonciation régulière et dénonciation irrégulière.

L'autorité législative, dès 1920, s'en est toujours tenue au principe de l'opposition au congé que l'on retrouve, une fois de plus, dans la loi actuelle sur la protection des congés.

Ainsi, successivement, le salarié a pu exercer, avec succès, son droit d'opposition au congé donné par l'employeur en vertu des dispositions suivantes :

d'abord, lorsque le congé est apparu injuste et a entraîné des conséquences qui n'étaient dues ni à la conduite du salarié, ni à la situation de l'entreprise ⁴;

puis, lorsque le congé était considéré comme d'une rigueur injuste et n'était pas déterminé par la situation de l'entreprise;

enfin, lorsque le congé était antisocial. Tel est le cas, chaque fois qu'une résiliation ne se justifie pas par des considérations qui touchent à la personne même du travailleur ou à sa conduite, ou n'est pas imposée par la situation de l'entreprise.

¹ Cf. VINCENT, p. 60, note 4; DIETZ, p. 30.

² Ex. : à l'égard des femmes en couches. Cf. VINCENT, p. 133.

³ DURAND et VITU, p. 867.

⁴ La B.R.G. contenait encore trois cas qui n'ont pas eu de portée pratique. Cf. NIKISCH, p. 62 et R.d.A. 1951, p. 62.

CHAPITRE VIII

Activité législative suisse

Au mois de février 1951, le département fédéral de l'économie publique a fait parvenir aux gouvernements cantonaux et aux grandes associations économiques et professionnelles un projet de loi dénommé : préparation d'une loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires, dont l'abréviation est « projet de loi sur le travail ». Dans son article 85, ce projet de loi renferme des dispositions sur les conditions et les conséquences d'une résiliation abusive.

Un avant-projet d'une loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers de 1945 avait également été soumis aux cantons et aux associations économiques. Par suite de divergences de vues profondes, ce texte qui souleva nombre de questions de principe fut abandonné. On décida d'élaborer un nouveau projet qui devint, après bien des avatars, le projet de loi sur le travail indiqué ci-dessus. Toutefois, l'avant-projet de 1945 contient, en ses articles 14 et 15, des dispositions intéressantes sur la résiliation injustifiée et ses effets, qui méritent attention.

AVANT-PROJET DE 1945 ¹

Pour la première fois, en Suisse, l'adjectif *injustifié* est appliqué à un congédiement.

Cet avant-projet, qui ne protège que le subordonné, énumère quelques cas spéciaux de congédiements injustifiés. Il s'agit des congés

¹ Voir le texte des art. 14 et 15 dans l'appendice.

donnés en raison, d'abord d'une incapacité de travail due à une *maladie* ou à un *accident*, puis d'un *accouchement*, enfin d'une période de service *militaire* obligatoire ou d'une autre obligation de droit public; en outre, le congédiement est injustifié lorsqu'il est dû au fait soit de l'appartenance¹ du travailleur à une *association* licite, soit de son *activité* licite également.

Cette énumération de cas n'a pas, d'une manière générale, soulevé d'objections de principe; seuls les délais prévus pour les quatre premières hypothèses ont fait l'objet de remarques². En revanche, la clause générale qui fait suite directement à cette énumération a été, à juste titre vivement attaquée, du point de vue juridique³. En effet, la règle est imprécise qui prévoit qu'un congédiement est injustifié s'il a, en raison de la *situation personnelle du travailleur*, des conséquences particulièrement graves pour ce dernier, non exigées par la *situation de l'entreprise*; elle est rédigée en termes trop larges; de plus, elle est dangereuse, parce qu'aboutissant à un résultat que ses auteurs n'ont certes pas voulu.

Ce texte oppose donc deux situations, celle du travailleur à celle de l'entreprise et contient deux conditions; la première veut que le travailleur subisse des conséquences particulièrement graves par suite du congédiement, la seconde, que la situation de l'entreprise n'exige pas cette rupture. Autrement dit, la règle est inapplicable et le congé justifié lorsque, en dépit des conséquences brutales qu'une résiliation peut avoir pour un salarié, cette dernière est imposée par la situation de l'entreprise.

C'est une première tentative d'introduire la notion de résiliation abusive telle que la connaissent les droits français et allemand; à cet égard, elle est intéressante. Elle est inspirée d'une règle légale allemande⁴, mais elle est rédigée en termes si larges qu'elle s'appliquerait à des résiliations que les Allemands, pourtant très à l'avant-garde dans le domaine du droit social, ne protégeraient pas et, qu'en fin de compte, elle permettrait de qualifier d'injustifiées quasi toutes les résiliations du contrat par l'employeur. La première condition est souvent remplie, car fréquemment le congédiement du travailleur

¹ Il aurait fallu ajouter : « ou la non-appartenance ».

² Résumé, p. 80 à 86.

³ Résumé, p. 86 à 88. Toutefois, quelques critiques sont sans valeur, parce que mal justifiées, trop partisans et conservatrices ou manquant d'objectivité.

⁴ O.N.A., § 56 i. f.

cause à celui-ci un dommage particulièrement grave¹. La seconde l'est aussi; il est rare que la situation de l'entreprise exige un départ — tout au moins assez subit. En conséquence, comment une résiliation pourrait-elle avoir encore lieu conformément aux art. 347 et s. C.O.?

S'il est normal que la situation d'une des parties ou les situations des deux contractants puissent constituer des éléments d'appréciation du calcul de l'indemnité pouvant résulter d'une résiliation abusive, ils ne devraient pas être, à eux seuls, des éléments qui permettent de juger si une résiliation est abusive ou pas. Avec raison, la loi allemande et les jurisprudences allemande et française ne s'en sont pas tenues qu'à ces deux conditions objectives : la situation du travailleur et la situation de l'entreprise. Elles ont analysé le comportement de la partie résiliante aussi bien que celui de la partie congédiée et, ainsi, introduit une condition de nature subjective.

Le législateur, qui sanctionne la résiliation abusive, limite les cas de résiliation ordinaire avec préavis. Il importe, dès lors, que le texte légal soit rédigé en termes n'ayant une portée ni trop large — pour ne pas empêcher toutes résiliations, dans les délais légaux ou conventionnels — ni trop étroite — afin qu'il ne reste pas lettre morte.

La rédaction de l'avant-projet de 1945 doit donc être abandonnée parce qu'elle introduit des conditions telles qu'elle porte un coup mortel à la résiliation ordinaire avec préavis. D'ailleurs, si les auteurs de cette règle avaient admis le principe équitable de la légitimité de protéger les deux parties et non pas seulement l'employé, en cas de congédiement injustifié, ils auraient immédiatement constaté que la disposition proposée protégeait l'employé au-delà de ce qu'une saine justice sociale exige.

Avant de passer au projet de loi sur le travail, il est indiqué de signaler deux projets élaborés par des particuliers.

Le premier, rédigé par trois fonctionnaires² de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, non daté, qui est une variante de l'avant-projet officiel de 1945 et qui, précisément, est connu sous le nom de « variante ». Les dispositions concernant la limitation de la résiliation introduisent la distinction entre la résiliation *nulle* et la résiliation *injustifiée*. Est nulle toute résiliation ayant

¹ GRISEL, p. 515.

² W. SIEGRIST, B. ZANETTI, TH. JENZER en collaboration avec E. SCHWEIN-GRUBER.

pour cause une maladie ou un accident, le service militaire ou un accouchement ¹. Sont injustifiés les congés donnés pour des motifs à peu près identiques à ceux de l'avant-projet de 1945. Le second projet, de 1948, a pour auteurs les professeurs Germann et Hug; il introduit une nouvelle distinction entre congé *nul* et congé *abusif*. Ce dernier mot apparaît pour la première fois dans un projet de loi; mais sa véritable portée ne ressort pas clairement du texte. Les auteurs ont renoncé à toute clause générale pour ne garder que quelques cas précis de résiliation abusive qui, d'ailleurs, ne diffèrent pas beaucoup de l'énumération de l'avant-projet de 1945. On peut en conclure que la notion de résiliation abusive n'est pas encore très claire dans l'esprit des juristes suisses et que l'emploi de différents qualificatifs décèle un certain embarras.

PROJET DE LOI SUR LE TRAVAIL DE 1950

L'art. 14 de l'avant-projet de 1945 ne devait s'appliquer qu'aux résiliations des contrats de travail conclus dans le commerce et les arts et métiers, tandis que l'art. 85, N° 14, du projet de loi sur le travail doit régir n'importe quel rapport de services ². Les remarques sur la résiliation abusive restent, en principe, valables, quels que soient les contrats de travail.

Les dispositions 14 et 15 de l'avant-projet de 1945, ayant suscité une vive opposition, ont été abandonnées. Les auteurs du projet de loi sur le travail ont présenté une réglementation nouvelle qui est destinée à être incorporée dans le C.O. ³.

LA RÉGLEMENTATION PRÉVUE

Le projet L.T. fait une distinction entre résiliation en *temps inopportun* et résiliation *abusive*.

Reprenant sous une forme nouvelle des dispositions contenues dans la loi fédérale sur le travail dans les fabriques ⁴ et dans la loi fédérale

¹ Des délais sont prévus pour chaque cas.

² Une exception peut être faite pour les contrats conclus dans l'agriculture et le travail à domicile. Rapport explicatif, p. 20.

³ Art. 85.

⁴ Art. 23 et 69, 2° al.

restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire ¹, le projet L.T. qualifie d'inopportune, toute résiliation qui intervient durant une période de *service militaire* ² obligatoire, durant une *incapacité de travail* résultant d'une maladie ou d'un *accident* ³, durant la période de *grossesse* ou d'*accouchement* ⁴. En principe, il est interdit ⁵, sous peine de sanctions ⁶, de résilier un contrat de travail pendant la durée de ces états de faits et les délais de congé en cours sont simplement suspendus.

Qu'en est-il de la résiliation abusive ? En règle générale, d'après le projet L.T. ⁷, la résiliation du contrat par l'employeur ou par l'employé « est réputée abus de droit » lorsqu'il est prouvé ou qu'il ressort sans équivoque des circonstances qu'elle a principalement pour motifs certains états de faits limitativement énumérés.

Ces états de faits sont le service militaire obligatoire, une charge publique, les convictions religieuses, l'appartenance ou la non-appartenance à des associations licites et les activités qui peuvent en résulter, le travail qui incombe à un délégué du personnel de l'entreprise, l'exercice de droits légaux ou contractuels.

EXAMEN ET CRITIQUE

S'agissant de la résiliation abusive, le projet L.T. innove, abstraction faite de l'énumération des cas de l'article 14 de l'avant-projet qu'il reprend en y apportant quelques précisions. Contrairement à la résiliation en temps inopportun, la résiliation abusive n'est pas frappée de nullité, ce qui est normal.

¹ Art. 2 et suiv.

² Ainsi que pendant les deux semaines qui précèdent et qui suivent un tel service.

³ Pendant quatre semaines et, dès la deuxième année d'emploi, durant huit semaines, pour autant qu'aucune faute ne puisse être reprochée à la victime.

⁴ La période est de huit semaines avant et huit semaines après l'accouchement.

⁵ Le projet L.T., à l'art. 85, N° 13, dit que l'employeur ou l'employé « doit s'abstenir » de résilier le contrat.

⁶ Art. 85, N° 13, lettre B. Voir appendice. En principe, l'employé a droit à son salaire pendant la période inopportune et le délai de congé subséquent, lorsque l'employeur a résilié. Dans le cas contraire, l'employeur a droit à des dommages-intérêts ne dépassant pas ce même salaire.

⁷ Art. 85, N° 14. Voir appendice.

Les trois caractéristiques les plus importantes de la nouvelle réglementation sont l'abandon pur et simple d'une clause générale, l'énumération limitative des états de faits qui constituent une résiliation abusive et l'application des règles tant à l'employé qu'à l'employeur. Si cette dernière innovation est un progrès dicté par un souci d'équité, les deux premières sont loin de perfectionner le système de l'avant-projet. Il est regrettable d'avoir abandonné toute clause générale parce que celle qui avait été proposée était rédigée en termes inadéquats. C'est pourtant la façon la plus complète de traiter le problème et peut-être même, à certains égards, la seule juste. En effet, si l'énumération de cas donne des précisions qui renseignent avec profit autant le justiciable que l'autorité judiciaire, elle ne doit pas être limitative puisque tous les cas de résiliation — qu'ils soient appelés injustifiés ou abusifs — ne peuvent être prévus ¹.

Une clause générale est logiquement nécessaire. En son absence, beaucoup de résiliations ne pourraient pas être taxées d'abusives; des cas analogues seraient tantôt abusifs, tantôt justifiés, selon que le motif exact aurait été prévu ou non dans la loi. Si une énumération limitative devait être adoptée, il semble bien que la loi promulguée ne tarderait pas à être révisée. En effet, toute énumération exhaustive présente le danger d'être incomplète. Un autre argument en faveur de la clause générale, c'est qu'elle favorise l'adaptation immédiate aux circonstances; de plus, elle convient particulièrement bien dans le domaine du droit du travail où l'évolution est actuellement rapide.

Comme le problème de la résiliation abusive peut avoir plusieurs solutions, nous allons les exposer dans le chapitre suivant en nous réservant de faire une proposition personnelle.

¹ Cf. ch. IV et GRISEL, p. 519 : le législateur ne peut prévoir tous les cas de résiliation injustifiée.

CHAPITRE IX

Différentes solutions juridiques du problème

SECTION 1. LA PROLONGATION DES DÉLAIS DE CONGÉ ET LES INDEMNITÉS DE LICENCIEMENT

Diverses réglementations tendent à lutter contre l'abus en matière de résiliation du contrat de travail. Les auteurs de quelques-unes d'entre elles, loin de s'attaquer au problème de la résiliation abusive et de le traiter dans son ensemble, ont simplement cherché à parer à ses inconvénients par des mesures qui peuvent sembler lui être étrangères; telles sont d'une part, les prolongations des délais de congé et, d'autre part, les indemnités de licenciement.

Le projet L.T. rompt avec le système légal actuel du *délai-congé* unique de quatorze jours pour les ouvriers. Il prévoit, dès la sixième année de service, une prolongation de ce délai qui peut atteindre huit semaines à partir de la vingt et unième année de rapports contractuels¹. L'institution du délai-congé n'est pas mise en cause; elle se justifie d'ailleurs par des raisons sérieuses²; seule la longueur du délai est discutée. Le projet L.T. innove en prolongeant les délais-congés proportionnellement au temps passé dans l'entreprise. Ainsi, la durée des services, non seulement entre en ligne de compte pour la détermination du délai-congé, mais encore est un facteur qui permet d'apprécier mieux la gravité du préjudice causé par une rupture abusive et

¹ Art. 85, N° 10. S'il s'agit d'employés de bureau, de techniciens et d'employés similaires, le délai de congé peut atteindre six mois.

² Pour l'employeur, parer à une interruption subite de la production; pour l'employé, éviter le chômage. Notons que l'industrie du bâtiment ne connaît pas et ne désire pas connaître la quinzaine légale ou contractuelle.

de calculer plus équitablement l'indemnité en cas de brusque rupture.

La prolongation du délai-congé, toutefois, peut avoir des inconvénients différents pour les deux parties au contrat. Le principe, institué dans l'intérêt des contractants, que les délais-congés conventionnels ne peuvent être différents pour l'employeur et l'employé ¹, est certes valable lorsque les délais sont courts, mais n'échappe pas à la critique lorsqu'ils dépassent une certaine longueur. L'employeur qui veut se séparer d'un subordonné, pour des motifs discutables, peut lui verser une indemnité pour brusque rupture égale au salaire et accessoires du salaire que l'employé aurait touchés jusqu'à l'expiration du contrat; l'employeur prendra toutes les précautions utiles pour que le congé n'apparaisse pas abusif ². Ainsi, rapidement, sans difficultés apparentes et quasi de son propre chef, le patron règle, à son avantage, un différend délicat. Il en est autrement du salarié qui résilie d'une manière intempestive : un employé travaille depuis vingt ans dans la même entreprise; à l'âge de quarante-cinq ans, une occasion unique se présente à lui de travailler dans des conditions plus intéressantes. En vertu de l'art. 85, N° 10, du projet L.T., il est obligé d'observer un délai de six mois ³ avant de pouvoir se séparer de son employeur ou de lui verser une indemnité ⁴ telle qu'elle peut constituer pour lui une impossibilité de se libérer. Que le salarié ait des égards envers son patron, personne ne le discute; mais, que la loi, sous le couvert du principe de réciprocité, soumette à des conditions exagérées la résiliation du contrat par le salarié, ne semble pas répondre au vœu du législateur de protéger la partie au contrat économiquement la plus faible. En conséquence, ne conviendrait-il pas de prévoir des délais-congés différents pour les deux parties lorsqu'ils dépassent une certaine durée, en tenant compte, toutefois, des risques que peuvent encourir, de ce fait, les petits patrons. Ainsi, jusqu'à six semaines, les délais devraient être égaux pour tous les contractants; ensuite, les employés devraient pouvoir profiter de délais différents selon qu'ils sont bénéficiaires ou victimes de la rupture. Ajoutons qu'il serait alors difficile pour le législateur de tenir compte du vœu des jeunes gens qui préfèrent des délais-congés courts,

¹ Art. 347, 3° al. C.O.

² Si le congé est abusif, l'employeur aurait à verser encore une indemnité spéciale dont l'importance varie en raison inverse du montant de l'indemnité de délai-congé.

³ L'avant-projet de 1945 ne prévoyait aucune prolongation de délai par rapport au temps passé dans l'entreprise.

⁴ Art. 85, N° 15, B, projet L.T.

et simultanément, du désir des personnes âgées qui aiment mieux des délais plus longs ¹.

Le projet L.T., en son article 85, N° 10, 3^e alinéa, prévoit que les délais peuvent être modifiés par convention écrite et abrégés dans une notable mesure, puisqu'ils ne doivent être, dans cette éventualité, que d'un mois ou de deux semaines selon la catégorie de salariés; mais l'employeur qui dénonce le contrat, doit tout de même une indemnité égale au salaire calculé jusqu'à l'expiration du délai de congé légal (art. 85, N° 11).

Pour échapper à toute réglementation sur les délais-congés, les parties peuvent, tout au moins théoriquement, éviter de conclure un contrat à durée indéterminée et ne se lier que pour un temps déterminé ². Il est vraisemblable, cependant, que si une telle coutume naissait, les salariés et plus particulièrement les syndicats ouvriers ne tarderaient pas, avec raison, à réagir violemment; en outre, la convention ainsi conclue, si elle était imposée par l'employeur à l'employé, pourrait, sur demande de ce dernier, être déclarée nulle par un tribunal, par application du principe de la fraude à la loi.

L'indemnité de *licenciement* ³, elle aussi, fait l'objet d'une réglementation qui remédie, quoique dans une faible mesure, aux inconvénients que peut ressentir un salarié, victime d'une résiliation abusive de son contrat de travail. Indépendante des deux indemnités pour renvoi abusif et de délai-congé, l'indemnité de licenciement est celle à laquelle un salarié peut prétendre, au moment de son congédiement, eu égard au temps passé dans l'entreprise ⁴ et aux salaires perçus;

¹ Cf. STEINER, R. synd. s. 1948, p. 377.

² DURAND et VITU, t. II, p. 856 : « En renouvelant le contrat à l'arrivée du terme, il serait possible de prolonger les relations du travail sans être tenu de l'obligation légale. Il n'en est toutefois ainsi qu'autant que chaque contrat donne lieu effectivement à une exécution distincte : chacun d'eux étant successivement conclu, exécuté et dissous. Mais, en pratique, à l'expiration du contrat originaire, le contrat se renouvelle par tacite reconduction, sans que le nombre des tacites reconductions soit fixé. Il en est particulièrement ainsi dans le cas où le salarié est embauché jour par jour, sans qu'il y ait chaque fois un nouvel embauchage. La tacite reconduction transforme alors le contrat de travail à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée. »

³ Appelée également indemnité de départ, de congédiement ou d'ancienneté.

⁴ L'indemnité est due au personnel qui a quelques années d'ancienneté, à partir de la quatrième année de service, par exemple; mais, pour le calcul de l'indemnité, on prend, en général, en considération l'ancienneté dès la date d'entrée du salarié dans l'entreprise. L'indemnité peut aussi être accordée dès la première année de service et être d'un montant toujours le même.

elle constitue une récompense pour les services rendus — non pas une réparation d'un préjudice — d'où son autre dénomination d'indemnité d'ancienneté.

Toutefois, en principe, l'indemnité ne peut être touchée que si le salarié est congédié et non démissionnaire; en outre, le congé ne doit pas avoir été provoqué par sa faute ¹. On retombe ici dans les difficultés que soulève l'appréciation des cas de résiliation abusive, car ce qui, pour l'employeur, constitue un congédiement justifié par une faute du salarié, peut paraître abusif à ce dernier.

L'avant-projet 1945, dans ses articles 17 à 20, prévoit pour le travailleur au service d'une même entreprise pendant dix ans, une indemnité de départ qui peut varier du quart à la totalité du dernier gain annuel. La durée des services et leur valeur pour l'entreprise, les effets préjudiciables que la résiliation du contrat peut avoir pour l'avenir du travailleur, ainsi que la situation matérielle de l'employeur sont les éléments indiqués qui permettent de fixer l'indemnité.

Au cours des délibérations de la petite commission d'experts ², l'indemnité de départ perdit son caractère et son importance, et on lui préféra la prolongation des délais de congé; on a fait constater que la solution abandonnée, qui pouvait constituer en général un avantage, devenait un handicap en période d'expansion économique quand l'ouvrier a intérêt à une certaine liberté de mouvement qui lui permet d'améliorer sa situation.

SECTION 2. LA RÉSILIATION ABUSIVE

Voici maintenant les différentes façons de légiférer en matière de résiliation abusive du contrat de travail; six systèmes sont en présence :

1. l'adoption d'une règle contenant le seul principe que la résiliation du contrat de travail est susceptible d'abus;
2. l'adoption d'une règle contenant le principe de l'abus en matière de résiliation du contrat de travail, suivie d'exemples;
3. l'adoption d'une clause générale unique;

¹ Une convention individuelle ou collective peut prévoir le contraire, sauf à respecter l'art. 100 C.O.

² Cf. MÖRI, R. synd. s., 1948, p. 150.

4. l'énumération exhaustive de cas d'abus de résiliations du contrat de travail;
5. l'adoption d'une clause générale suivie de cas d'application donnés à titre d'exemples;
6. l'adoption d'une clause générale précédée ou suivie de cas qui peuvent dépasser ou non les limites tracées par la clause.

ad 1) C'est le système adopté par la France; le Code de travail ¹ reconnaît à chacune des parties contractantes le droit de résilier unilatéralement le contrat de travail, mais précise que cette résiliation peut donner lieu à des dommages-intérêts, particulièrement lorsqu'elle est abusive. La loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par abus et ne formule aucune clause générale qui puisse donner quelques indications sur cette notion. Néanmoins, la doctrine s'est attachée à élucider le vaste et inépuisable problème de l'abus des droits ².

Ce système ne semble pas devoir convenir à la Suisse, car la reconnaissance, par le législateur, dans une règle spéciale du contrat de travail, du seul principe de l'abus en matière de résiliation, serait nettement insuffisante. Bien que la nécessité juridique de cette reconnaissance ne puisse guère être contestée ³, un tel système est impuissant à renseigner les parties contractantes sur leurs droits et leurs devoirs, et ne donne au juge aucune indication sur l'état du droit dans ce domaine. La loi doit donner des précisions sur la façon dont il faut comprendre et interpréter l'expression de résiliation abusive; pour atteindre ce but, le législateur doit choisir une autre solution.

ad 2) L'adoption d'une règle précisant que la résiliation du contrat de travail est susceptible d'abus, suivie d'exemples, risque de n'avoir la valeur que d'une énumération limitative d'états de faits. Les cas sont si différents les uns des autres qu'il sera souvent difficile de leur trouver des liens ou des caractères communs, à telle enseigne que ni le juge, ni le justiciable ne seront suffisamment renseignés. On ne saurait, dans ces conditions, appliquer la règle à des cas de résiliation non prévus, mais qui apparaîtraient abusifs d'après les règles générales

¹ Art. 23.

² Ch. VII.

³ Ch. VI.

du droit et de l'équité. Pour de tels cas, une revision de la loi serait nécessaire.

ad 3) L'adoption d'une clause générale unique est le système préféré des juristes allemands de l'époque contemporaine; il a inspiré les auteurs du projet de loi de 1950. Le congé peut faire l'objet d'une action en retrait lorsqu'il « constitue un préjudice contraire à l'équité et n'est pas déterminé par la situation de l'entreprise »¹; il en est de même lorsque le congé est antisocial, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas fondé sur des motifs qui touchent la personne même du salarié ou qui résultent de sa conduite ou encore lorsque la situation de l'entreprise ne l'exige pas². Ces règles sont vagues et d'application difficile; elles devraient apporter des précisions sur les facteurs qui doivent permettre au juge de déceler les congés qu'elles entendent condamner ou alors donner des exemples. L'abstraction n'est pas indiquée ici; au contraire, les cas concrets rendent service. Les juristes suisses doivent renoncer également à adopter un tel système.

ad 4) La seule énumération limitative de cas de congédiements abusifs a été proposée par des juristes suisses³; c'est le système prévu dans le projet L.T. Si cette solution est préférable à la précédente parce qu'elle est concrète et directement accessible aux salariés, que toute règle présentée en termes généraux rebute, elle n'échappe pas à la critique. La rigidité, l'exclusivisme d'une telle limitation et son impossibilité à s'adapter aux circonstances et, plus particulièrement, aux rapports contractuels en constante évolution, sont des inconvénients majeurs. De plus, la fixation d'un nombre de cas d'abus déterminés implique contradiction, car les deux notions de limitation et d'abus s'excluent. Donc ce système est aussi à rejeter.

ad 5) L'adoption d'une clause générale suivie de cas d'application donnés à titre d'exemples est le système adopté par le législateur suisse dans la loi sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943. Lorsqu'il s'agit d'introduire une notion nouvelle dans la loi, on peut soit adopter une clause générale qui en précise les conditions d'application, soit

¹ Ch. VII, § 56 O.N.A.

² Entw. K. de 1950.

³ Projet Germann-Hug, art. 55. L'argumentation indiquée sous ad 2 ci-dessus est également valable ici.

énumérer limitativement des cas qui sont réprimés et en dehors desquels le sujet de droit est libre d'agir, soit encore combiner les deux méthodes, ce qui offre les avantages de faciliter le travail du juge et de renseigner le justiciable. Toutefois, il faut que ce dernier se rende bien compte de la relation qu'il y a entre la clause générale et les exemples, autrement dit que l'énumération n'est donnée qu'à titre d'exemple. Ce système ne laisse pas de place aux cas qui dépassent les limites tracées par la clause et qui sont assez nombreux dans le domaine de la résiliation. C'est la raison pour laquelle ce système, souvent favorable, doit être laissé de côté ici.

ad 6) La clause générale accompagnée de cas qui n'ont pas nécessairement la valeur d'exemples est un système qui, en l'espèce, perfectionne les précédents, principalement parce qu'il en évite les inconvénients. L'avantage prédominant est de permettre au législateur d'exprimer sa pensée en visant, dans une règle générale, les congés qu'il entend ne pas vouloir protéger, puis en faisant suivre¹ la règle de cas précis qui peuvent ne pas répondre nécessairement aux conditions de la règle générale. Ce système est plus complet que le précédent, à la condition que la clause générale soit rédigée en termes simples et clairs, puisque les états de faits ne donnent que des indications sur sa portée. C'est le système que nous préconisons.

SECTION 3. PROPOSITIONS

De ce qu'on vient de dire dans la section précédente, il résulte qu'une clause générale accompagnée d'états de faits précis semble bien devoir répondre aux conditions que doit remplir une bonne règle sur la résiliation abusive, à savoir : renseigner exactement les nombreux justiciables et l'autorité judiciaire, puis faciliter l'évolution de la jurisprudence.

Dans une résiliation, l'abus se manifeste clairement par la disproportion choquante, du point de vue social, entre l'*avantage* que peut en retirer la partie résiliante et le *dommage* que peut subir la partie adverse.

¹ Les états de faits peuvent très bien précéder la clause générale; c'est le cas de l'art. 14 de l'av.-proj. 1945.

C'est bien d'une telle idée que sont partis les auteurs de l'avant-projet de 1945 en adoptant le critère de la pesée des intérêts économiques des parties. Cet avant-projet, nous l'avons vu, opposait la situation du salarié à la situation de l'entreprise. C'est avec raison que M. Grisel a critiqué la clause générale et a proposé de restreindre sa portée, en suggérant la formule suivante ¹ : La résiliation est abusive ² lorsque son auteur n'en tire aucun avantage notable et qu'elle cause à l'autre partie un dommage particulièrement grave. Cette formule est inspirée d'une proposition du Français Demogue ³ qui estime qu'il y a abus lorsqu'une personne use de son droit pour un léger avantage tout en causant à autrui un grave préjudice.

La critique que l'on peut faire aux propositions de MM. Grisel et Demogue, c'est qu'elles excluent encore un trop grand nombre de résiliations normales ou ordinaires. Avec le seul critère de la pesée des intérêts économiques des deux parties, on ne laisse pas place à l'examen des résiliations sous d'autres aspects. A notre sens, le mot *avantage* fait penser à quelque chose de matériel, pécuniaire, économique. Il y a pourtant des motifs strictement personnels, non susceptibles d'évaluation pécuniaire, qui jouent un très grand rôle dans les résiliations. Un employé a un défaut, jugé grave par l'employeur, c'est son manque de ponctualité; toutefois, par une de ces contradictions dont journellement nous sommes témoins, une fois au travail, il réussit non seulement à rattraper le temps perdu, mais à dépasser en qualité et en quantité la production des meilleurs employés. L'employeur peut-il, dans une telle éventualité, congédier son subordonné ? Est-il en droit de se fonder sur les art. 352 et s. C.O. ou 347 et s. C.O. ? L'employé peut-il lui opposer l'art. 2 C.C. ?

Si l'on juge ce cas d'après le critère économique mentionné ci-dessus, on peut estimer, sans tomber dans l'arbitraire, que l'employeur n'a aucun avantage notable à résilier le contrat et que le congé — surtout en période de chômage — cause à l'employé un dommage particulièrement grave; donc, le congé serait abusif. Pourtant, cette solution n'apparaît pas satisfaisante.

Wahl, dont Demogue s'est inspiré tout en le citant dans son commentaire ⁴, désireait qu'on vît un abus lorsque le *motif* de rupture est

¹ P. 520. Cf. également ch. VIII.

² Le texte dit « injustifiée », mais a le sens d'abusive que nous lui prêtons ici.

³ *Traité des obligations*, 1924, t. IV, p. 369.

⁴ Voir note 3 ci-dessus.

insignifiant en comparaison du *préjudice considérable* causé à l'autre partie. Voilà un excellent critère général. Il s'agit d'*intérêts* — guère définissables — de l'une comme de l'autre partie contractante, qui peuvent souvent ne pas être d'ordre matériel ¹. En outre, ils peuvent changer, selon les *circonstances*, dans le temps et dans l'espace. Seul, le défaut d'intérêt est un signe de mauvaise foi et l'acte accompli sans intérêt est présumé abusif. De plus, on peut raisonnablement parler d'abus du droit de résiliation pour défaut d'intérêt ² ou mieux pour insuffisance d'intérêt, lorsqu'il y a disproportion précisément entre l'intérêt poursuivi et le dommage causé. Le préjudice, subi par la partie congédiée, que la partie résiliante peut éviter sans apporter aucune entrave sérieuse à son droit de donner congé, très souvent, ne peut pas servir de critère, car, d'une part, la gravité de la faute commise par la partie congédiée et, d'autre part, la légitimité d'un motif personnel de la partie résiliante, sont des facteurs qui doivent être considérés, à eux seuls, comme suffisants pour justifier une rupture.

Nous fondant sur ces considérations, nous proposons la formule générale suivante : la résiliation est abusive lorsqu'elle est contraire aux règles de la bonne foi et, particulièrement, lorsqu'elle cause à la partie adverse un dommage que ne justifient ni une faute commise par la partie congédiée, ni un intérêt digne de protection de la partie résiliante.

Cette clause générale devrait être précédée d'une énumération de cas particuliers. L'avant-projet de 1945, en son article 14, al. 1, ainsi que le projet L.T., à l'article 85, N° 14 ³ ont prévu un certain nombre d'états de faits qui ne nécessitent pas de commentaires; ils peuvent être retenus, car il est tout à fait normal que le législateur voie un abus dans la résiliation motivée uniquement par un des faits suivants : un service militaire obligatoire, l'exercice d'une charge publique, les convictions religieuses, une activité licite, l'appartenance ou non à un groupement licite, l'exercice de droits légaux de la partie adverse. Donc, sur le fond, il n'y a rien à ajouter. Concernant la forme, l'expression « la résiliation du contrat ... est réputée abus de droit... » doit, sans aucun doute, être abandonnée. Préférons-lui : la résiliation est abusive...

¹ En d'autres termes, il peut s'agir de motifs personnels non susceptibles d'évaluation pécuniaire.

² Cf. CHARRIÈRE, p. 81.

³ Voir appendice.

La multitude des cas ¹ d'abus du droit de résiliation du contrat de travail et l'*originalité des circonstances*, dans lesquelles la plupart d'entre eux s'exercent, obligent le législateur à se montrer prudent; dans ce domaine, tout particulièrement, il est malaisé de formuler un texte légal. D'ailleurs, dans un premier stade de formation d'un système juridique, on n'évite que rarement les hésitations et peut-être même quelques contradictions. Il en est ainsi des cas de la résiliation abusive du contrat de travail, tant la notion d'abus est difficile à définir.

¹ Ch. IV.

TROISIÈME PARTIE

Les conséquences de la résiliation abusive du contrat de travail

Les règles sur la résiliation abusive du contrat de travail se justifient surtout par la nécessité de protéger l'employé, partie contractante économiquement la plus faible. C'est bien là leur origine prédominante. Toutefois, l'expérience enseignant que l'employeur n'est pas toujours la partie la plus forte, la réciprocité doit être prévue, c'est-à-dire que la loi doit secourir autant l'employeur que l'employé contre un congé donné en violation des règles de la bonne foi. Seule l'importance de la sanction peut différer, ce que justifie la différence des situations économiques des parties. D'ailleurs, le principe de réciprocité est souvent plus théorique que pratique, car la protection réelle sera le plus souvent unilatérale, l'employé étant, dans la majorité des cas, seul à en bénéficier. Si l'employé, avec raison, aspire à être protégé contre un congédiement inattendu ou donné dans des délais qui lui apparaissent, dans certaines circonstances, trop courts¹, ce qu'il désire avant tout, c'est être certain d'obtenir la réparation du préjudice qu'il peut subir. La loi est en mesure de la lui garantir et, effectivement, sauf dans le cas de difficultés économiques de l'employeur, le salarié a toutes les chances d'être désintéressé. En revanche, l'employeur ne peut que rarement espérer être totalement dédommagé de la perte subie. Cette hypothèse n'est pas gratuite et peut se présenter assez fréquemment chez nous où la moyenne et la petite entreprise jouent un grand rôle.

 ¹ L. fab., art. 21, prévoit un délai de congé de quatorze jours entre fabricants et ouvriers.

En règle générale, plus l'entreprise est petite, moins le salarié peut être facilement et immédiatement remplacé, car même un manœuvre, par l'habileté qu'il acquiert, devient manœuvre spécialisé. Un congé abusif, donné par un tel salarié, peut causer des perturbations dans la production et des pertes à l'employeur hors de proportion avec l'indemnité que ce dernier peut obtenir ¹. Et même si une règle légale l'autorisait à actionner pour un montant équivalent au dommage subi, le patron n'aurait aucune chance réelle d'être désintéressé, étant le plus souvent exposé à l'insolvabilité de son débiteur.

Le problème de l'indemnité à accorder à la victime d'une résiliation abusive est donc important, mais avant de le traiter, il convient de se pencher sur la question de l'opportunité de maintenir le contrat de travail.

¹ L. fab., l'art. 26 précise que, lors d'une rupture illégale, l'ouvrier devra abandonner au fabricant le salaire de trois jours.

CHAPITRE X

Maintien ou rupture du contrat

En principe, lorsque le congé a été régulièrement donné, les rapports de services doivent prendre fin à l'expiration du délai-congé¹. Toute disposition légale qui imposerait le maintien du contrat au-delà de ce terme, semble inopportune, à l'exclusion des cas de nullité de la résiliation.

La résiliation crée presque toujours, entre la partie résiliante et la victime du congé, un état de tension peu propice à la continuation normale et paisible du contrat. Cela constitue même un argument contre la prolongation des délais-congés et pour l'augmentation des indemnités de licenciement.

Si la France² ne connaît pas de disposition imposant, dans les conditions indiquées ci-dessus, le maintien du contrat de travail, l'Allemagne, elle, a prévu, aussi bien dans l'O.N.A.³ que dans la loi actuelle de Bavière⁴, des dispositions sur la continuation éventuelle des rapports de services entre employeur et employé. C'est ainsi que, sous l'empire du droit hitlérien, dans les entreprises occupant habituellement au moins dix salariés, la personne congédiée pouvait

¹ Dans ce sens : art. 347 et s. C.O. ; JOSSERAND, p. 432 et s. ; GRISEL, p. 521 ; J.d.T. 1947, p. 345 et 349 : en droit public comme en droit privé, l'employé congédié à tort, n'a pas, à moins que le contraire ne soit expressément prévu, un droit à être réintégré dans sa fonction.

Contra, DURAND et VITU, p. 904 : La restitution de l'emploi serait une meilleure indemnisation que le versement de dommages-intérêts.

² Cf. DURAND et VITU, p. 903 et 904 ; C. trav. C., p. 4 : Le juge n'ordonne pas la continuation du contrat ; on ne peut pas contraindre à une collaboration souvent impossible des personnes qu'oppose un conflit personnel.

³ § 57.

⁴ Loi sur la protection des congés du 1. 8. 1947.

introduire une action en retrait du congé auprès du tribunal du travail; mais le conseil de confiance (Vertrauensrat) devait, au préalable, se prononcer sur le maintien à son poste de la personne congédiée. Le tribunal du travail, lorsqu'il décidait le retrait du congé, fixait une indemnité pour le cas où l'employeur se refuserait à retirer le congé. Dans les trois jours, l'employeur devait déclarer à la personne congédiée, s'il *optait* pour le retrait du congé ou pour l'indemnité.

A la différence de cette dernière disposition, un article de la loi actuelle de Bavière sur la protection des congés réserve au salarié victime d'une résiliation reconnue abusive par l'autorité compétente, le droit de choisir entre l'indemnité et la continuation du contrat et laisse ainsi au salarié la liberté de résilier ou non.

Le dernier projet allemand de loi sur la protection de la résiliation du contrat de travail ne reconnaît plus à l'employeur le principe de la liberté de résilier ¹ et prévoit que la continuation des relations contractuelles peut être imposée; toutefois, l'employé victime d'un abus peut librement conclure un nouveau contrat de travail et refuser sa réintégration auprès de son ancien employeur ².

Toutes ces règles allemandes sont compliquées; elles ne devraient pas servir de modèles chez nous. Pourtant, elles ont influencé quelques membres des commissions qui ont élaboré notre projet L.T. ³. Finalement, après avoir admis le principe de l'opposition au congé que l'on étudiera dans la quatrième partie de ce travail, la commission s'est ralliée à un texte précisant que si le contrat n'est pas maintenu par entente entre parties, il prend fin à l'expiration du délai de congé ⁴. Il eût mieux valu ne rien dire et ne régler que l'indemnité.

¹ HUECK dans R. d. Arb. 1950, Heft 2, p. 66 : « Das Prinzip der Kündigungs-freiheit » ist beseitigt.

² Problem eines neuen oder Vorsetzung des alten Dienstvertrages. Entw. K. 1950. Une disposition semblable était déjà contenue dans B.R.G., § 89 et O.N.A. § 60. Voir, en outre, ch. XII.

³ Art. 85, N° 14, lettre B, al. 1.

⁴ Même référence que ci-dessus, mais 2^e phrase, in initio.

CHAPITRE XI

Indemnité

Une résiliation du contrat de travail peut avoir lieu dans des circonstances très diverses et les effets qu'elle engendre peuvent varier à l'infini. Toutefois, les espèces d'indemnités, en principe indépendantes les unes des autres, sont limitées et on peut les classer en quatre groupes. Aussi, avant de parler de l'indemnité de rupture abusive, plus particulièrement de sa nature juridique et de son mode de calcul, convient-il de bien distinguer ces différentes indemnités.

SECTION 1. DIVERSES INDEMNITÉS POUR CAUSE DE RÉSILIATION

Partons d'un cas pratique : un patron congédie, à tort et sur-le-champ, un vieux et fidèle serviteur ¹. En vertu de dispositions, d'une part du droit positif suisse et, d'autre part des projets suisses, la victime d'une telle résiliation serait en mesure de réclamer quatre indemnités différentes :

1. D'abord, une indemnité de *Brusque rupture* , dénommée également indemnité de préavis ou de délai-congé. C'est l'indemnité à laquelle a droit l'employé congédié sans que l'employeur ait observé le délai de congé ; elle est, en règle générale, égale à la somme d'argent ² que le salarié aurait touchée précisément pendant le délai de congé ³.

¹ On suppose l'admission des faits et l'exercice du droit de résiliation reconnu fautif par l'autorité judiciaire compétente.

² Salaire plus accessoires, à convertir en argent s'il s'agit de salaire en nature.

³ Art. 347 et s., 97 et s., plus spécialement 99 C.O. Jurisprudence du T.F.,

Cette indemnité ne remédie pas au préjudice qu'entraîne la rupture elle-même, mais à son caractère immédiat ou brusque.

2. Puis, une indemnité *compensatrice de congé* ou indemnité de congé payé. C'est celle que réclame le salarié, proportionnellement à la durée des services rendus, en cas de résiliation du contrat au cours d'une année de travail. Cette indemnité est prévue dans des lois cantonales sur les vacances payées obligatoires ¹ et dans des contrats collectifs de travail ².

3. En outre, une indemnité de *licenciement* qui est généralement fixée eu égard à la durée et à la valeur des services rendus et au montant des salaires et accessoires perçus. Une telle indemnité est prévue par l'avant-projet de 1945 ³, mais n'a malheureusement pas été reprise dans le projet L.T.; on ne peut que le déplorer, bien que les auteurs dudit projet ⁴ aient préféré prolonger les délais de résiliation pour protéger les employés comptant de nombreuses années de services ⁵.

4. Enfin, l'indemnité de *rupture abusive* ⁶ que nous étudierons dans la section suivante.

Les indemnités de brusque rupture ⁷ et de rupture abusive peuvent être dues par l'une et l'autre partie; les deux autres, celles de licenciement et de congé payé ne sont jamais dues par l'employé.

SECTION 2. INDEMNITÉ DE RÉSILIATION ABUSIVE

Cette indemnité est l'objet d'une réglementation en Allemagne et en France. Les projets suisses traitent également ce sujet.

Trois questions méritent un développement: la nature juridique de cette indemnité, son mode de calcul et sa garantie.

citée par DAEPEN-REYMOND, p. 334: l'indemnité peut être réduite dans la mesure où, pendant cette période, l'employé a réalisé ou aurait pu réaliser un gain.

¹ Par ex. R.O.L. cant. neuchâteloises, t. VIII, p. 214 et s., art. 9 et 15.

² Cf. Législation sociale de la Suisse, publiée par l'OFIAMT, vol. 1946 à 1950, passim.

³ Art. 17 à 20. Voir également: introduction et ch. IX.

⁴ Sur une proposition présentée à la fois par les représentants des employeurs et des employés; cf. rapport explicatif du projet L.T., p. 42.

⁵ Projet L.T., art. 85, N° 10.

⁶ Av.-proj. 1945, art. 15 et proj. L.T., art. 85, N° 14, lettre B, al. 2.

⁷ Au profit de l'employeur, l'indemnité de brusque rupture est fixée par la valeur des services dont il est privé pendant le délai de congé.

§ 1. NATURE JURIDIQUE

Pour toutes les indemnités résultant d'une résiliation d'un contrat de travail, le problème est le même : faut-il les assimiler à un salaire ou à des dommages-intérêts ? La solution n'est pas nécessairement unique¹. Prenons deux exemples : les indemnités de préavis et de licenciement.

L'indemnité de préavis n'est pas un salaire puisqu'elle ne rémunère aucun travail effectif². En principe, il ne devrait y avoir salaire qu'autant que l'employé conserve sa qualité et reste au service de son patron³. Toutefois, quoique le congé soit donné, l'indemnité de licenciement constitue un salaire, différé⁴ il est vrai, reposant sur l'ancienneté des services, donc sur un travail déjà fourni avant la résiliation.

Dans le premier cas, nous sommes bien en présence d'une indemnité, dans le deuxième, d'un salaire. L'importance pratique de la distinction est essentielle⁵.

Le salaire présente certaines particularités : il est partiellement saisissable (art. 93 L.P.) et bénéficie de protections légales (art. 125, ch. 2, 159 et 340 C.O., 219 L.P.).

Les dommages-intérêts, en revanche, sont, en principe, saisissables totalement; ils constituent une prétention qui ne bénéficie d'aucune protection légale particulière.

Qu'en est-il de l'indemnité de résiliation abusive ? On peut soutenir, avec succès, qu'elle tient, et de l'indemnité, et du salaire. De l'indemnité, parce qu'elle peut s'analyser en dommages-intérêts réparant la faute que constitue l'exercice excessif du droit de résiliation. Du salaire, puisque, selon les dispositions allemandes, françaises et celles des projets suisses, cette indemnité n'est pas fixe, mais calculée suivant certains éléments, dont la nature des services rendus et leur ancienneté.

¹ DURAND et VITU, p. 677, disent avec raison que le régime juridique des indemnités est difficile à définir, car il est chaque fois nécessaire de rechercher si la somme est versée au salarié en contrepartie d'un travail, ce qui n'est pas toujours facile à trancher.

² Cf. DUPOUX, p. 40 et s.

³ Cf. PLANIOL, cité par DUPOUX, p. 41.

⁴ DURAND et VITU, p. 914 : c'est l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence françaises.

⁵ Cf. DUPOUX, p. 40.

§ 2. MODE DE CALCUL

L'Allemagne et la France ont donné des directives à leurs autorités judiciaires et précisé les éléments qui doivent permettre de calculer cette indemnité. Les auteurs des projets suisses ont procédé de la même façon.

En Allemagne, l'O.N.A. avait emprunté plusieurs de ses dispositions à la B.R.G. Ses §§ 56 et suivants traitaient de la protection en cas de résiliation; le § 58 précisait que l'indemnité était fixée en tenant compte à la fois de la situation économique de la personne congédiée et de celle de l'entreprise. L'indemnité était proportionnée à la durée de l'emploi : elle ne pouvait dépasser quatre douzièmes du dernier gain annuel.

Le projet allemand de loi sur la protection de la résiliation s'en tient aux grands principes que nous venons d'énoncer, mais les formule un peu différemment. C'est ainsi qu'au § 8, traitant du montant de l'indemnité, il énumère les trois éléments principaux suivants qui doivent permettre de le fixer : la durée des services du salarié dans l'entreprise, ainsi que la situation économique du salarié et celle de l'entrepreneur. Le projet fixe le montant maximum de l'indemnité à douze mois de salaires (12 Monatsverdiensten)¹ et précise que c'est le salaire du mois durant lequel le congé a été donné qui est pris en considération comme base du calcul de l'indemnité.

La doctrine résume ainsi les règles appliquées par les tribunaux en ce qui concerne les dommages-intérêts. Ceux-ci sont prévus pour les deux parties. Le dommage de l'employeur est calculé dans l'industrie d'une manière abstraite²; dans les autres cas, il lui incombe de prouver le dommage réel. Le dommage de l'employé peut présenter quelques particularités et l'on opère avec la triple distinction suivante :

- a) si l'employé est fautif : en principe, pas de dommages-intérêts;
- b) si l'employé est renvoyé, sans délai, à tort : l'indemnité doit être

¹ Les lois actuelles de Bavière et du Wurtemberg prévoient que l'indemnité peut aller « bis zu 6/12; in besonderen Fällen, 12/12 des Jahresarbeitslohnes ». La loi du Palatinat du Rhin : « 1/12 für jedes Jahr der Beschäftigungsdauer bis zum Höchstbetrage von 6/12 ».

² MAUS, p. 348.

calculée en tenant compte du *lucrum cessans* et du *damnum emergens*;

- c) si l'employé est renvoyé à la fin du délai-congé : dommages-intérêts éventuels pour cause de résiliation abusive.

En résumé, ce sont bien les principes généraux concernant le calcul des dommages-intérêts qui sont appliqués.

La France ¹ possède une règle plus complète, car, le cas échéant, pour la fixation de l'indemnité à allouer, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, de l'ancienneté des services combinés avec l'âge de l'ouvrier ou de l'employé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé.

Les termes « toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé », montrent que l'énumération qui précède est énonciative et que le juge a un très large pouvoir d'appréciation pour calculer l'indemnité.

Voici quelques détails qui concernent les éléments légaux devant guider le juge dans la fixation du montant de l'indemnité :

- a) les *usages*, par quoi on entend les habitudes professionnelles ² qui varient d'un lieu à un autre, et souvent même, qui diffèrent dans des professions ou métiers similaires. Les usages, disent Durand et Vitu ³, peuvent conférer à l'emploi dans une entreprise, ou dans une profession, une assez grande stabilité et rendre ainsi plus préjudiciable la rupture du contrat;
- b) la *nature des services engagés*, c'est-à-dire non seulement le genre de travail, mais aussi l'activité dans certaines catégories d'industries et l'importance de l'emploi. En outre, la spécialisation, la difficulté du travail, la valeur personnelle du salarié ou la valeur des services rendus ⁴, l'assiduité au labeur sont autant de facteurs qui peuvent éclairer le juge dans sa recherche de la connaissance et de l'évaluation du dommage causé par la résiliation;

¹ C. trav., art. 23, 6^e al.

² CHARRIÈRE, p. 153.

³ P. 902.

⁴ Ex. une invention faite lors de l'établissement de l'entreprise.

- c) *l'ancienneté des services*, et non pas seulement le « temps écoulé » ¹, car le licenciement peut faire perdre au salarié le bénéfice de droits tels que primes, prolongation des congés annuels attachés à l'ancienneté. La première expression a été jugée plus adéquate que la seconde; elle ne donne toutefois pas un droit spécial d'être maintenu dans l'entreprise ², mais entre en ligne de compte pour le calcul du préjudice ³.
- d) *l'âge du salarié* qui, au moment de la résiliation, risque de rendre plus difficile la conclusion d'un nouveau contrat ⁴;
- e) *les retenues opérées et les versements effectués en vue d'une pension de retraite* :

Les retenues — le mot l'implique — constituent une partie du salaire qui appartient à l'employé.

Les versements effectués se divisent en deux catégories ⁵ :

- 1) les versements périodiques et promis par le patron, qui doivent être considérés comme faisant partie du salaire;
- 2) les versements effectués à titre de libéralités par le patron, qui peuvent rester dans la caisse de retraite.

Les projets suisses traitent la question. L'avant-projet de 1945 prévoit une indemnité correspondante au moins au salaire du dernier mois et, au plus, au gain de la dernière année; les éléments qui permettent de la calculer sont la durée des services du travailleur, la situation matérielle du travailleur et la situation matérielle de l'employeur; demeure réservé le droit à des dommages-intérêts en cas de dommage plus important ⁶.

¹ C'était l'expression employée par la loi de 1890.

² Cf. PRIEUR, p. 115 et s.

³ Kréher-Feuilly : Pour une employée de magasin au service de la même maison depuis 38 ans, le Tribunal de commerce de Toulouse a jugé, le 25. 11. 1929, qu'une indemnité de licenciement offerte par le patron et se montant à fr. f. 3000.—, outre un mois de préavis (fr. f. 540.—) était suffisante. A titre indicatif, fr. s. 1.— valait fr. f. 5.— environ.

⁴ Cf. DURAND et VITU, p. 902.

⁵ Cf. DANTIER, p. 61 et s.

⁶ Art. 15. Il ne semble pas inutile de comparer cette règle avec celles de la variante et du projet 1948.

La variante, à l'art. 12, 2^e al., prévoit, en cas de congé injustifié, une indemnité variable, égale au salaire de deux à neuf mois, calculée sur la base de la durée des services de un à vingt ans. Après vingt-cinq ans, l'indemnité est égale au salaire de douze mois.

Cet avant-projet ne prévoit pas de disposition concernant le congé injustifié dont peut être victime l'employeur, mais seulement les effets d'une rupture illégale du contrat par le travailleur. L'indemnité, dans cette dernière éventualité, compte tenu du degré de la faute, de la durée des services et du délai de congé pertinent, peut varier entre deux sommes correspondant l'une au salaire de trois jours au moins et l'autre au salaire de quatorze jours au plus.

Le projet L.T.¹, traitant des conséquences de la résiliation abusive, prescrit que l'indemnité est égale au salaire d'un mois au moins et de six mois au plus, s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires; de deux semaines au moins et de douze semaines au plus, s'il s'agit d'autres employés. En outre, si les parties ne s'entendent pas sur le montant de l'indemnité, le juge la fixe en tenant compte de la gravité de la faute, de l'importance du dommage, de la durée de l'emploi, de la condition sociale de l'employé, de son rôle dans l'entreprise, ainsi que de la situation économique de l'employeur.

Il s'agit maintenant de faire la critique et la synthèse de ces dispositions.

Ce qui frappe, à la lecture des textes français et suisses, c'est la diversité de règles qui pourtant visent toutes le même but, à savoir protéger la victime de la résiliation en lui reconnaissant le droit à une indemnité. Que les règles allemandes soient différentes, il n'y a là rien d'étonnant, puisqu'elles se proposent, avant tout, de maintenir le contrat et subsidiairement d'indemniser la victime.

Une simple règle, formulée en termes généraux, donnant tout pouvoir d'apprécier l'acte constitutif d'une résiliation abusive et d'en évaluer le préjudice causé, semble insuffisante. Il faut renseigner les juristes autant que les profanes; dès lors, des éléments permettant de fixer l'indemnité tels qu'en donnent la loi française et le projet L.T. sont nécessaires. Reste à savoir lesquels doivent être retenus.

Les deux notions : gravité de la faute et importance du dommage

Dans le projet de 1948, art. 57, l'indemnité peut être égale au salaire de deux mois au moins et de six mois au plus pour les employés; elle peut s'élever à une somme équivalente à un salaire de deux semaines au moins et de trois mois au plus pour les ouvriers. La durée des services, ainsi que toutes les autres circonstances, en particulier, la situation de l'employé dans l'entreprise, de même que la situation économique de l'employeur, sont les facteurs mentionnés pour le calcul de l'indemnité.

¹ Art. 85, N° 14, lettre B, 2° al.

sont à conserver. L'expression française « l'ancienneté des services » doit être préférée à « la durée de l'emploi »¹ pour les raisons indiquées précédemment; le « rôle dans l'entreprise » est une expression meilleure, plus adéquate et plus large que la « nature des services engagés »; elle implique un élément de subjectivité qui a son importance dans le calcul des dommages-intérêts. L'âge du salarié est un facteur à ne pas négliger du point de vue social. La « situation économique » de l'employé doit l'emporter sur la « condition sociale » qui est ambiguë. La situation économique de l'employeur joue un rôle très important, puisque la nouvelle réglementation est destinée à être insérée dans le C.O. et à régir, en principe, tous les rapports de services, tant ceux du petit artisan que du grand industriel avec leurs employés.

On peut discuter de l'utilité de fixer un minimum et un maximum des dommages-intérêts. On peut se rallier à ce système qui favorise une jurisprudence uniforme, mais qui présente deux inconvénients : le maximum à payer peut paraître dérisoire à un richissime industriel et le minimum, trop élevé à un petit commerçant.

Les auteurs du projet de 1945 semblent avoir pensé à une situation de ce genre en voulant protéger plus spécialement une partie. Après avoir fixé un minimum et un maximum correspondant au montant de l'indemnité et mentionné les éléments qui permettent de la calculer, ils ont tenu à préciser que si le travailleur subit un *dommage plus important*², son droit à des dommages-intérêts est réservé.

D'un autre point de vue, il serait opportun de tenir compte de l'activité déployée par un patron pour permettre à son employé, avec lequel il ne s'entend pas, de trouver une nouvelle situation. Il est possible qu'un tribunal applique la règle de la résiliation abusive que nous avons proposée, à une rupture fondée uniquement sur une incompatibilité d'humeur. Lorsque le patron agit dans les conditions indiquées ci-dessus, le juge devrait réduire l'indemnité.

Relevons que les minima et maxima proposés par les auteurs du projet L.T. semblent être satisfaisants; il s'agit d'une indemnité égale au salaire d'un mois au moins et de six mois au plus ou de deux semaines à douze semaines, selon les employés. Mais constatons la lacune de ce texte qui ne fixe pas spécialement le minimum, ni le maximum de l'indemnité due par le salarié.

¹ Expression équivalente à « temps écoulé ».

² Art. 15, 3^e al.

En résumé, la règle suivante semble convenir :

Le juge fixe l'indemnité en tenant compte de la gravité de la faute, de l'importance du dommage, du rôle de l'employé dans l'entreprise, de l'ancienneté de ses services, de son âge, de sa situation économique ainsi que de celle de l'employeur et des efforts que déploie ce dernier pour permettre à l'employé de trouver une nouvelle situation.

Lorsque la résiliation émane de l'employeur, l'indemnité est égale au salaire d'un mois au moins et de six mois au plus, s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires; de deux semaines au moins et de douze semaines au plus, s'il s'agit d'autres employés.

Lorsque la résiliation émane du salarié, l'indemnité est égale au salaire de quinze jours au moins et de deux mois au plus, s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires; de trois jours à quinze jours, s'il s'agit d'autres employés.

§ 3. GARANTIE DU PAIEMENT

Dans le paragraphe premier de la présente section, nous avons indiqué pour l'indemnité et le salaire des différences qui les distinguent nettement. Toutefois, pour des raisons économiques et sociales, il faut réserver au droit à l'indemnité de résiliation abusive du contrat de travail, une protection semblable à celle que prévoit la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, en son art. 219, pour les créances de salaire.

Il faut aussi éviter qu'une partie au contrat n'élide les dispositions sur les conséquences de la résiliation abusive. A cet effet, il serait opportun d'insérer dans le C.O. une disposition prévoyant, à l'instar du droit français, que les parties ne peuvent renoncer par avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts pour résiliation abusive du contrat de travail¹. Cette règle ne se rattache pas à la nature, contractuelle ou délictuelle, de la créance de dommages-intérêts; elle s'analyse en une mesure protectrice du consentement². Il faut donc protéger la partie qui ne se rend pas compte de l'étendue du droit auquel elle renonce.

¹ Cf. C. trav. art. 23, 9^e al.

² DURAND et VITU, p. 903.

L'indemnité de résiliation abusive n'a pas un caractère forfaitaire. Mais quelle serait la valeur juridique d'un forfait d'indemnité, autrement dit d'une convention anticipée qui prévoirait une indemnité fixe à verser à la victime d'une résiliation abusive ?

Le problème présente quatre hypothèses :

- a) la disposition prévoyant un forfait inférieur au montant réel des dommages-intérêts doit être déclarée nulle pour les mêmes motifs que ceux qui condamnent une renonciation anticipée, car, en dernière analyse, un tel forfait équivaut à une renonciation déguisée;
- b) la disposition prévoyant un forfait égal au dommage est valable, cela va de soi¹;
- c) la disposition prévoyant un forfait supérieur, sans être excessif², devrait être considérée également comme valable;
- d) la disposition prévoyant un forfait si élevé qu'il entrave l'exercice du droit de résiliation, portant ainsi atteinte à un droit qui est l'essence du contrat de travail à durée indéterminée³, devrait être modifiée, par le juge, conformément au troisième alinéa de l'art. 163 C.O.

En d'autres termes, on pourrait appliquer les art. 160 et s. C.O. relatifs à la clause pénale, abstraction faite du 2^e al. de l'art. 161. La victime de la résiliation abusive — dans l'éventualité où le dommage dépasserait le montant du forfait — ne serait pas tenue d'établir une faute spéciale à la charge du débiteur condamné à verser l'indemnité.

Résumé de la troisième partie

Le principe qu'un contrat à durée indéterminée peut toujours prendre fin par la volonté d'une des parties contractantes devrait être maintenu, abstraction faite des cas de nullité, ces derniers supposant le maintien du contrat.

¹ En France, une clause pénale n'aurait de valeur que dans la mesure où l'indemnité qu'elle prévoit est au moins égale au montant des dommages-intérêts; cf. PRIEUR, p. 139.

² Art. 163, 3^e al. C.O.

³ DURAND et VITU, p. 903.

L'indemnité de rupture abusive devrait être calculée par le juge, d'après les principes généraux et, plus particulièrement, en tenant compte de certains éléments que la loi doit préciser.

La prétention aux dommages-intérêts devrait être privilégiée.

Les règles relatives à la clause pénale devraient s'appliquer à un forfait d'indemnité, à l'exception du 2^e alinéa de l'art. 161 C.O.

QUATRIÈME PARTIE

La procédure en matière de résiliation abusive du contrat de travail

Une telle procédure doit être caractérisée par sa simplicité et sa rapidité. En effet, les conflits provoqués par l'interprétation des règles sur la résiliation du contrat de travail mettent en présence des personnes qui ont intérêt à ce que des procès soient menés rapidement. Toutefois, des délais pour agir, très courts, peuvent présenter de sérieux inconvénients, en particulier pour les justiciables qui ont une certaine appréhension à l'égard du droit; de plus, la preuve est souvent difficile à faire.

Ces quelques considérations générales nous conduisent à chercher des solutions aux trois problèmes suivants : d'abord, de l'éventuelle utilité d'une procédure spéciale en matière de résiliation abusive, puis, du délai pour agir et de la prescription de l'action en dommages-intérêts, enfin, du fardeau de la preuve.

CHAPITRE XII

Procédure applicable

Contrairement à une procédure simple, qu'il est légitime de souhaiter, l'Allemagne a adopté des règles compliquées qui ne conviendraient donc certainement pas à la Suisse. C'est par le procédé de l'*opposition au congé* qu'elle tend à protéger le salarié. Ce dernier, congédié par l'employeur, pouvait déjà sous l'empire de la loi sur les conseils d'entreprise de 1920 ¹ faire opposition et en appeler au conseil d'ouvriers et d'employés dans un délai de cinq jours, principalement lorsque le congé apparaissait injuste et entraînait des conséquences qui n'étaient dues ni à la conduite du salarié, ni à la situation de l'entreprise.

Cette réglementation a subi quelques modifications dans le droit hitlérien. L'O.N.A. ² n'accordait un pareil droit de s'opposer au congé qu'à la triple condition, d'abord, que l'ouvrier ou l'employé ait travaillé pendant un an dans une même entreprise, puis, que l'entreprise en question ait occupé au moins dix salariés, enfin, que l'action en retrait du congé ait été introduite dans les deux semaines de la réception du congé; encore fallait-il que la dénonciation fût abusive, c'est-à-dire qu'elle constituât un préjudice contraire à l'équité et qu'elle ne fût pas déterminée par la situation de l'entreprise. Si tel était l'avis du tribunal, ce dernier prononçait le retrait du congé et fixait d'office une indemnité pour le cas où l'employeur se refuserait à retirer le congé. En effet, dans les trois jours de la signification du jugement, il appartenait à l'employeur d'opter ³ entre le maintien du

¹ B.R.G., §§ 84 et s.

² §§ 56 et s.

³ O.N.A., § 57. Règle semblable à celle du § 87 B.R.G.

contrat et le paiement de l'indemnité. A défaut de déclaration, il était réputé avoir choisi l'indemnité.

Le projet allemand de loi sur la protection de la résiliation, après avoir précisé que ses dispositions s'appliquent aux salariés qui sont occupés durant trois mois dans la même entreprise, prescrit¹ que l'opposition au congé (Kündigungseinspruch) doit être faite dans les cinq jours au conseil d'entreprise (Betriebsrat)². Si ce dernier déclare l'opposition fondée, il tente une conciliation, et, sur demande des parties, leur communique par écrit son point de vue. La partie congédiée a qualité pour intenter action devant le tribunal du travail (Klagen beim Arbeitsgericht) dans les trois semaines qui suivent le congé, aux fins d'obtenir un jugement précisant que le contrat n'a pas été dissous par le congé. Lorsque le tribunal rend un tel jugement, on ne doit pas simplement en inférer que le salarié désire la continuation de ses rapports de services; depuis que le congé lui a été signifié, il était libre de chercher un nouvel emploi. C'est à lui qu'il appartient, si la résiliation est qualifiée d'antisociale, de choisir³ entre la continuation et la dissolution du contrat de travail.

Il y a encore force détails que nous passons sous silence; le moins que l'on puisse affirmer, c'est que les règles de ce projet de loi sont encore plus compliquées que ne l'étaient celles de la B.R.G. et de l'O.N.A.

Caractérisé par deux traits qui l'opposent aux règles allemandes, le système français est uniforme pour tous les salariés et fondé sur l'idée de réciprocité entre parties⁴.

Le droit français n'a soumis les conflits résultant de l'exercice du droit de résiliation à aucune procédure spéciale. Au contraire même, la loi s'est voulue simple et rapide; elle a posé le principe que les contestations auxquelles peut donner lieu l'application des règles sur la résiliation — plus spécialement la résiliation abusive — du louage de services, lorsqu'elles sont portées devant les tribunaux civils et devant la Cour d'Appel, sont instruites comme affaires sommaires et jugées d'urgence⁵. De plus — nous l'avons déjà dit — la sanction est d'ordre

¹ §§ 2 et s. Selon le § 21, la loi s'applique, en principe, aux entreprises privées et publiques, abstraction faite de celles qui occupent moins de quatre salariés.

² Ce conseil ne joue que le rôle d'un office de conciliation.

³ L'employeur n'a plus ce droit d'opter.

⁴ VINCENT, p. 460.

⁵ Art. 23, 10^e al. C. trav.

pécuniaire, la condamnation à des dommages-intérêts étant prononcée, au profit de la victime de la résiliation, contre l'auteur de cette dernière.

En Suisse, l'avant-projet de 1945 ¹ a prévu une procédure compliquée et d'application difficile en cas de rupture illégale du contrat par le travailleur. Quant au projet Germann-Hug ², il a introduit une nouvelle procédure en matière de résiliation abusive qui est reprise, presque fidèlement, par le projet L.T. ³.

Il s'agit de la procédure d'*opposition*, importée d'Allemagne, heureusement simplifiée mais n'échappant pas à la critique. Une des parties, donc l'employeur comme l'employé ⁴, qui tient la résiliation pour abusive, peut faire opposition, dans les dix jours et par écrit, auprès de l'autre partie. Lorsque le contrat n'est pas maintenu par entente entre parties, il prend fin à l'expiration du délai de congé ⁵. Puis, il est spécifié que si la partie lésée a formé opposition de façon valable, elle peut réclamer une indemnité.

La critique de poids que l'on peut faire au projet L.T., c'est qu'il propose une procédure inutilement compliquée et soumet à des conditions excessives, l'exercice du droit à des dommages-intérêts en cas d'abus.

Voyons d'abord l'*opposition* proprement dite. Il ressort du texte qu'en son absence, la victime de la résiliation sera forclosée ⁶; elle sera privée de son droit d'actionner en dommages-intérêts. C'est tout. Les auteurs du projet se sont inspirés de la législation allemande, mais ils semblent méconnaître le but principal de sa procédure d'opposition qui est de maintenir le contrat. Lorsque ni une autorité spéciale, ni une règle légale ne favorisent cette continuation des rapports de services, ou même, dans certains cas, ne contraignent une des parties à cette continuation, la procédure d'opposition n'a plus de raison d'être. De plus, la conception générale — toute différente de la nôtre — à la

¹ Art. 16.

² L'art. 56 précise que le travailleur qui tient son congédiement pour abusif peut y former opposition, dans le délai d'une semaine, auprès de l'employeur, et que faute d'entente entre les parties, le travailleur pourra faire valoir ses prétentions, dans les trente jours à dater de son congédiement, en actionnant l'employeur en dommages-intérêts.

³ Art. 85, N° 14, lettre B, 1^{er} al.

⁴ Cette réciprocité est nécessaire. Le projet 1948 ne protégeait que l'employé.

⁵ Lequel, selon l'art. 85, N° 10, L.T., varie suivant l'ancienneté des services rendus.

⁶ Le contrat s'éteindra à l'expiration du délai de congé.

base de la réglementation allemande, se caractérise par l'absence de réciprocité — puisque seul le salarié est protégé — un contrôle ouvrier sur l'entreprise et la sorte de communauté que forme le personnel ¹.

Voyons ensuite les *conditions de validité* de l'opposition. Le projet en renferme trois qui concernent le destinataire, la forme et le délai durant lequel elle doit être faite. Reprenons ces conditions :

a) Le *destinataire* est mentionné par les termes « l'autre partie » qui ne sont pas suffisamment explicites. Faudra-t-il faire parvenir l'opposition à l'adresse personnelle de la partie adverse ou simplement à son bureau ? Bien qu'en l'absence d'un texte spécial, l'application des règles de la représentation ne soulèverait certainement pas de difficultés, il eût été indiqué de donner des précisions.

b) La *forme écrite* serait nécessaire; ainsi, le texte, sur ce point, pourrait suffire.

c) Le délai de *dix jours* est très court — trop court — car, avant que la procédure d'opposition n'entre dans nos mœurs, il est certain qu'un nombre important de salariés laisserait s'écouler un tel délai et perdrait ainsi tout droit à réclamer des dommages-intérêts. Il ne faut pas perdre de vue que le projet L.T. est destiné à régir presque tous les rapports de services; un grand nombre d'employés ne seront pas familiarisés avec ces nouvelles dispositions et ceux qui en auront une certaine connaissance, ne sauront souvent pas s'en servir. De plus, le texte semble présenter une lacune; il ne distingue pas le cas de la résiliation — qu'on suppose toujours abusive — avec continuation des rapports de services jusqu'à l'expiration du délai de congé, du cas de la brusque rupture. Dans la première éventualité, le salarié congédié pour la fin du délai-congé — qui peut aller jusqu'à six mois, selon le projet L.T. ² — n'aura pas l'idée de faire immédiatement opposition pour se réserver le droit d'actionner son employeur en dommages-intérêts, dans les trente jours qui suivent la fin du contrat. C'est la raison principale qui nous fait condamner ce texte. Mais il y a plus; un délai de dix jours ne permet pas à un salarié qui travaille au minimum 48 heures par semaine de prendre une décision réfléchie. Et, s'il s'agit d'un employé incapable de prendre position — c'est-à-dire de

¹ VINCENT, p. 511.

² Art. 85, N° 10.

s'opposer à la résiliation ou de s'en abstenir — les avis souvent divergents des personnes qu'il consultera ne le feront pas sortir de son irrésolution. En outre, l'opposition, dans la majorité des cas, vexera l'employeur et toute chance d'aboutir calmement à une transaction s'envolera. Obliger la partie congédiée d'agir dans un délai de dix jours, revient à la placer devant l'alternative ¹ d'ouvrir un procès ou de renoncer à ses droits; dans bon nombre de cas, l'alternative se commuera en dilemme. C'en est assez pour ne pas adopter chez nous la procédure d'opposition.

Voyons enfin la *conséquence* de l'opposition valablement formée. Elle est indiquée clairement dans le texte ²: la partie lésée qui a valablement formé opposition peut réclamer une indemnité dans le délai de trente jours dès la fin du contrat. C'est l'étude de ce délai qui fera l'objet du chapitre suivant.

¹ GRISEL, p. 532.

² Art. 85, N° 14, lettre B, 1^{er} al., dernière phrase et 3^e al.

CHAPITRE XIII

Délai pour agir

L'étude du droit allemand est d'un grand intérêt pour tout ce qui touche au problème général de l'abus dans la rupture du contrat de travail, mais les règles spéciales de la procédure d'opposition, avec ses délais très courts, ne nous sont d'aucune utilité pour résoudre le problème du présent chapitre. Même simplifiées, les règles du projet L.T. sur l'opposition au congé ne semblent pas répondre à un besoin, en Suisse.

On peut en dire autant des délais pour agir de la procédure française, parce que, contrairement à ceux prescrits dans le droit allemand, ils sont trop longs; le délai minimum, dans le domaine de la cessation des rapports de services, est de six mois¹.

En Suisse, le projet de 1945 n'indique aucun délai, tandis que le projet L.T. en contient deux : le premier, déjà indiqué et critiqué, de *dix jours* pour s'opposer au congé et le second de *trente jours*², à compter de l'expiration du contrat, pour intenter l'action en indemnité de résiliation abusive.

La dernière question à débattre est celle de la longueur du second délai. Un délai court — de dix jours ou de deux à trois semaines — est défavorable pour les motifs indiqués au chapitre précédent. Un délai long ne doit pas pouvoir se justifier, les parties une fois séparées ayant tout intérêt à mettre fin aux conflits qui peuvent subsister. Le délai idéal est celui qui correspond au temps exigé par un salarié d'intelligence moyenne pour mesurer l'étendue du préjudice dont il est la victime et, conséquemment, pour soupeser les chances et les

¹ DURAND et VITU, p. 773.

² Le projet Germann-Hug prescrivait déjà un même délai; art. 56, 2^e al.

risques d'un procès. L'action délictuelle en dommages-intérêts ¹ se prescrit par un an à compter de la connaissance du dommage et de son auteur, mais un parallèle entre cette prescription annale et la prescription de trente jours du projet L.T. ne semble pas indiqué, tant les conditions sont différentes. L'élément « temps », pour la fixation de l'indemnité résultant d'acte illicite, joue un rôle important qu'il perd presque totalement dans le calcul de l'indemnité de résiliation abusive. On a proposé trois mois ², au lieu de trente jours, en se fondant essentiellement sur l'argumentation que la liberté d'agir des parties ne doit pas être limitée et qu'au lieu de couper court aux litiges, un délai de trente jours seulement provoquerait plutôt des procès.

Est-ce un, deux ou trois mois qu'il faut adopter. Il ne semble pas qu'un des trois délais présente des avantages tels que son adoption se justifie d'une façon péremptoire. Mais ce qui est critiquable, c'est de faire de ces trente jours, un délai de déchéance. On ne voit vraiment pas pour quelles raisons un salarié serait privé des avantages inhérents à tout délai de prescription ³.

¹ Art. 60 C.O.

² GRISEL, p. 532.

³ Art. 127 et s. C.O.

CHAPITRE XIV

Fardeau de la preuve

En France, pendant de longues années, la majorité des auteurs et la jurisprudence n'ont pas pu se mettre d'accord sur l'interprétation d'un texte légal ¹. La doctrine déduisait de la loi de 1928, disposant que le jugement devait mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aurait rompu le contrat, que le législateur avait voulu renverser la charge de la preuve en présument que la résiliation était toujours fautive sauf preuve contraire ².

La jurisprudence, en revanche, a toujours admis le principe que la preuve doit être faite par le demandeur en indemnité ³.

En effet, la Cour de Cassation française a toujours exigé, pour que l'auteur de la résiliation soit condamné à des dommages-intérêts, que l'autre partie prouve contre lui, outre le préjudice subi, l'existence

¹ PRIEUR, p. 134.

² C. trav., art. 23, 5° al. i. f. PRIEUR, p. 135 et les nombreux arrêts cités.

³ Cf. REUFLET, p. 50 et s. : La partie congédiée qui demande des dommages-intérêts, doit prouver le fait de la résiliation et le préjudice causé; le résiliant doit apporter la preuve de l'existence d'un motif légitime qui le libère des liens contractuels, alors que la partie congédiée peut toujours prouver le contraire. Voir, en outre, DUPONT, p. 65 : Historique français sur la preuve en matière d'abus dans la résiliation du contrat de travail. Cf. enfin, JOSSERAND, p. 427 : La question est définitivement résolue dans le sens de l'application du droit commun. D'autre part, cf. les arrêts suivants dans D., table 1937-1941, p. 268 et 269, N° 234 : L'inexactitude du motif invoqué par le patron pour justifier le renvoi de son employé ne suffit pas pour établir qu'il a commis une faute dans l'exercice de son droit de congédiement. L'employé doit prouver l'intention malicieuse et vexatoire. N° 237 : La seule constatation de l'inexactitude du motif allégué lors de la rupture du contrat par la partie qui le résilie, n'autorise pas le juge à conclure, sans autre recherche, que celle-ci a abusé de son droit. N° 238 : Il incombe au juge de rechercher quel était le vrai motif du renvoi et si celui-ci donnait au congédiement un caractère abusif.

d'une faute commise dans l'exercice de son droit de mettre fin au contrat.

L'auteur de la résiliation fournit donc le motif, mais n'est pas tenu d'en prouver la réalité, ni la légitimité. C'est à la victime qu'il incombe de prouver, à l'appui de son action en dommages-intérêts, que la résiliation est abusive; autrement dit, que l'auteur de la résiliation a commis une faute, et notamment, que le motif, quoique exact, ne justifie pas une mesure aussi grave que le congédiement, ou alors que le motif invoqué est inexact ¹. Dans cette dernière éventualité, il faut encore que l'inexactitude du motif soit entourée de certaines circonstances qui lui donnent le caractère d'une faute. Cela est souvent difficile à prouver; mais la partie congédiée est en quelque sorte aidée par le juge, car, pour apprécier s'il y a abus, ce dernier pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture et ainsi, une fois connu le motif allégué par la partie résiliante, il aura à en vérifier l'exactitude et à rechercher s'il y a faute ².

En Allemagne, la situation n'est pas très claire. Maus ³ dit que le salarié doit prouver que les motifs invoqués par le patron ne sont pas réels et que le congé a été donné en violation des règles sur les rapports du travail, tandis que Savaète ⁴ affirme qu'il incombe à l'employeur de prouver que la résiliation n'est pas inéquitable ou qu'elle est déterminée par la situation de l'entreprise. Le projet allemand contient deux règles ⁵ sur la preuve. La charge de cette dernière incombe tantôt à l'employeur, tantôt à l'employé. L'employeur doit prouver les faits qui justifient la résiliation, c'est-à-dire démontrer que les conditions légales qui justifient le congé sont réalisées ⁶. Au contraire, l'employé devra faire la preuve que la résiliation qui, au premier abord n'apparaît pas antisociale, peut tout de même l'être lorsque l'employeur n'a pas appliqué correctement les règles sur l'ordre de renvoi des salariés.

¹ PRIEUR, p. 136.

² C. trav., art. 23, 5^e al., 2^e phrase. En outre, cf. PRIEUR, p. 135.

³ P. 342 : Der Arbeitnehmer hat nachzuweisen, dass die Kündigungsmotive unsachlich sind, und dass in der Kündigung ein Verstoß gegen die Ordnung des Arbeitsverhältnisses liegt.

⁴ P. 44 : ... dass die Kündigung « keine unbillige Härte darstellt » oder « durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist ».

⁵ § 1, al. 2, 2^e phrase et al. 3, dernière phrase.

⁶ Cf. Ch. VII : droit allemand. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

En Suisse, le projet de 1945 ne traite pas cette question, tandis que le projet L.T. renferme deux règles unies dans un même alinéa¹. La première n'est pas originale, en ce sens qu'elle n'est qu'une affirmation du principe de l'article 8 C.C.² En effet, il est prévu que l'employé ou l'employeur qui fonde des prétentions sur une résiliation abusive du contrat de travail doit prouver les circonstances dont ressort l'abus de droit. La seconde précise que le fait de ne pas indiquer le motif de la résiliation ne suffit pas à la rendre abusive. Si cette dernière règle, clairement formulée, est nécessaire, on ne peut en dire autant de la première. Primo, elle est superfétatoire; comme telle, elle doit disparaître. L'article 8 C.C. emploie l'expression « prouver les faits », alors que le projet L.T. dit « prouver les circonstances »; les mots diffèrent, mais le sens est le même. Secundo, la phrase « prouver les circonstances dont ressort l'abus de droit » n'est pas totalement heureuse; l'expression « abus d'un droit » semble préférable. « Le demandeur doit prouver les circonstances de la résiliation abusive » eût été suffisant. Mais, même cette simple rédaction n'est peut-être pas nécessaire, car la règle légale sur la preuve, rappelée ci-dessus, et les principes jurisprudentiels³ qui la concernent, sont satisfaisants.

Résumé de la quatrième partie

La procédure d'opposition au congé présente des inconvénients assez sérieux pour qu'on renonce à l'introduire en Suisse.

Une rupture abusive ne devrait donner lieu qu'à des dommages-intérêts.

L'action en indemnité de rupture abusive devrait se prescrire après l'expiration d'un délai qui permette à la victime de mesurer les risques d'un procès en tenant compte des preuves — généralement rares ou incertaines — dont elle dispose.

Un délai de prescription — non de déchéance, tel que le prescrit le projet L.T. — de trente jours peut donner satisfaction.

La réglementation sur la résiliation abusive n'exige pas une procédure probatoire spéciale.

¹ Art. 85, N° 14, 4° al.

² Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

³ J.d.T. 1941, p. 171 et s. et Ch. V. THOR, p. 48, note 39 bis : Lorsque l'une des parties doit prouver l'inexistence d'un fait, l'autre doit prendre une part active à la procédure probatoire en rapportant elle-même la preuve de ce fait.

Conclusions et proposition d'une réglementation

Les problèmes que nous nous étions proposé d'étudier sont indiqués dans l'introduction.

Nous avons montré, d'abord, que l'art. 2 C.C. ne pouvait pas, sans inconvénients, être appliqué à la résiliation du contrat de travail.

En outre, en présentant un grand nombre de cas imaginés ou tirés des jurisprudences française et allemande, nous avons prouvé implicitement que le droit suisse est déficient, car il ne protège pas la victime d'une résiliation abusive.

Puis, sans porter atteinte à aucun principe constitutionnel, ni à la liberté contractuelle qui reste intacte, nous nous sommes efforcé de justifier que l'évolution peut se faire, grâce à la théorie de l'abus des droits.

Enfin, nous avons recherché la possibilité d'une réalisation pratique en proposant une réglementation ad hoc.

Les juristes français ont compris qu'en cette matière délicate, le juge est mieux placé que le législateur pour apprécier sainement les besoins des parties à travers les circonstances si variées et si changeantes de la vie économique ¹ et que toute réglementation législative, si elle a le mérite de mettre fin aux incertitudes et de limiter l'insécurité, offre l'inconvénient de la rigidité.

Les juristes allemands, en revanche, ont préféré perfectionner leurs lois; ils ont réglementé la matière successivement, pour toutes les corporations, au fur et à mesure que les besoins l'exigeaient; mais les textes ont pris un développement considérable ².

¹ KRAUTHAMMER, p. 79.

² KRAUTHAMMER, p. 80.

Les juristes suisses, qui ne bénéficient d'aucune règle spéciale en la matière, doivent souhaiter une œuvre qui reflète leur mentalité; ils peuvent bien s'inspirer des principes admis à l'étranger, mais en tenant compte de l'évolution qui s'est faite sur leur territoire. A cet effet, deux projets traitent de la résiliation abusive; les dispositions du premier sont vite apparues insuffisantes, celles du second semblent susceptibles d'être améliorées.

Les règles sur la résiliation abusive du contrat de travail sont une des manifestations heureuses de la réaction du droit d'équité contre le droit strict.

La réglementation que nous proposons est nécessaire et semble suffisante : nécessaire, parce qu'elle permet de lutter contre les abus et qu'elle apparaît comme régulatrice des rapports sociaux; suffisante, parce qu'elle facilite l'adaptation de la jurisprudence à l'évolution du droit du travail tout en étant pacificatrice.

C'est l'adjonction dans le C.O. des dispositions suivantes que nous préconisons :

IV. Résiliation abusive¹

ART. 351 b

1. En général

La résiliation d'un contrat à durée indéterminée est abusive lorsqu'elle se fonde principalement sur un des motifs suivants :

- a) l'acceptation ou le refus, par l'une des parties, d'une charge publique;
- b) l'appartenance ou la non-appartenance d'une des parties à un groupement licite, de nature politique ou autre;
- c) les convictions religieuses;
- d) l'exercice par l'une des parties de ses droits légaux ou contractuels;
- e) l'activité licite du travailleur comme membre d'une délégation du personnel;
- f) un service militaire obligatoire, une maladie ou un accident dont le subordonné est victime sans sa faute,

¹ Le chiffre IV de la note marginale de l'art. 352 C.O. devrait être remplacé par le chiffre V. Puis, l'art. 219 L.P. devrait préciser que l'indemnité pour rupture abusive du contrat de travail bénéficie du même privilège que la créance de salaire. En outre, à l'art. 347 C.O., il faudrait ajouter : « Sous réserve de l'art. 351 b ».

l'état qui précède et qui suit les couches d'une salariée, lorsque la résiliation intervient après les délais prévus par l'art. 85, N° 13 L.T.

La résiliation est également abusive lorsqu'elle est contraire aux règles de la bonne foi et, particulièrement, lorsqu'elle cause à la partie adverse un dommage que ne justifient ni une faute commise par cette dernière, ni un intérêt digne de protection de la partie résiliante.

Le premier alinéa, lettre *b*, est inapplicable lorsque l'employé vit dans le ménage de l'employeur.

La résiliation n'est pas abusive du seul fait qu'elle n'est pas motivée.

ART. 351 c

2. Indemnité

Le juge fixe l'indemnité en tenant compte de la gravité de la faute, de l'importance du dommage, du rôle de l'employé dans l'entreprise, de l'ancienneté de ses services, de son âge, de sa situation économique ainsi que de celle de l'employeur et des efforts que déploie ce dernier pour permettre à l'employé de trouver une nouvelle situation.

a. Fixation

Lorsque la résiliation émane de l'employeur, l'indemnité est égale au salaire d'un mois au moins et de six mois au plus, s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires; de deux semaines au moins et de douze semaines au plus, s'il s'agit d'autres employés.

Lorsque la résiliation émane du salarié, l'indemnité est égale au salaire de quinze jours au moins et de deux mois au plus, s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires; de trois jours à quinze jours, s'il s'agit d'autres employés.

ART. 351 d

b. Convention exclusive de la responsabilité

Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance l'une des parties contractantes de la responsabilité qu'elle encourrait du fait de la résiliation abusive.

ART. 351 e

L'action en indemnité se prescrit par trente jours à compter de la fin du contrat.

3. Prescriptions

Appendice

Voici quelques dispositions, d'abord, de l'avant-projet d'une loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers de 1945, puis du projet de loi sur le travail de 1950 (édition de décembre).

I. *Avant-projet de 1945*

ART. 14

(Congédiement injustifié)

Le congédiement du travailleur est injustifié lorsqu'il intervient :

- a) au cours des six premiers mois d'une incapacité de travail due à la maladie ou à un accident;
- b) au cours des trois mois qui précèdent ou des trois mois qui suivent un accouchement;
- c) en raison d'une période de service militaire obligatoire en Suisse ou pendant une telle période de service, ou encore pour cause d'une autre obligation de droit public qui incombe au travailleur et entraîne une interruption de travail temporaire;
- d) du fait de l'appartenance du travailleur à une certaine confession, à une association politique ou professionnelle autorisée par la loi, ou de son activité politique ou syndicale en dehors de l'entreprise;
- e) en raison de l'activité du travailleur en tant que membre de la délégation du personnel de l'entreprise.

Le congédiement est également injustifié si en raison de la situation personnelle du travailleur il a pour ce dernier des conséquences particulièrement graves que la situation de l'entreprise n'exige pas.

Sont réservés les articles 352 et 353 du code des obligations sur le congédiement sans avertissement préalable.

ART. 15

(Effets du congédiement injustifié)

S'il résulte des circonstances que le congédiement est injustifié, au sens de l'article 14, le travailleur a droit à une indemnité correspondante au moins au salaire du dernier mois et, au plus, au gain de la dernière année.

L'indemnité sera calculée compte tenu tout d'abord de la durée des services du travailleur, puis de la situation matérielle de ce dernier et de l'employeur.

Si le travailleur subit un dommage plus important, son droit à des dommages-intérêts est réservé.

II. *Projet de loi sur le travail de 1950*

Modifications et adjonctions à différentes lois fédérales

ART. 85

(Modifications et adjonctions au code des obligations)

.....

Le code fédéral des obligations du 30 mars 1911 est modifié et complété comme il suit :

.....

9. L'article 347, 2^e alinéa, a désormais la teneur ci-après :

Sauf disposition légale ou convention contraire, le contrat de travail peut être dénoncé de part et d'autre :

- a) s'il s'agit d'ouvriers d'entreprises industrielles, deux semaines d'avance pour la fin d'une semaine ou pour un jour de paie;
- b) s'il s'agit d'autres ouvriers, une semaine d'avance pour la fin d'une semaine;
- c) s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires, un mois d'avance pour la fin d'un mois;
- d) s'il s'agit d'autres employés, deux semaines d'avance pour la fin d'une semaine.

10. L'article 348, sous le nouveau titre marginal « 2. Contrats de plus d'un an; a) Délai de congé », a désormais la teneur ci-après :

S'il a duré plus d'un an, le contrat de travail des employés de bureau, des techniciens et des employés similaires peut être dénoncé de part et d'autre :

- a) de la deuxième à la cinquième année, deux mois d'avance pour la fin d'un mois;
- b) de la sixième à la dixième année, trois mois d'avance pour la fin d'un mois;
- c) de la onzième à la quinzième année, quatre mois d'avance pour la fin d'un mois;
- d) de la seizième à la vingtième année, cinq mois d'avance pour la fin d'un mois;
- e) à partir de la vingt et unième année, six mois d'avance pour la fin d'un mois.

S'il s'agit d'autres employés, le contrat de travail qui a duré plus d'un an peut être dénoncé de part et d'autre :

- a) de la deuxième à la cinquième année, deux semaines d'avance pour la fin d'une semaine;
- b) de la sixième à la dixième année, quatre semaines d'avance pour la fin d'une semaine;
- c) de la onzième à la vingtième année, six semaines d'avance pour la fin d'une semaine;
- d) à partir de la vingt et unième année, huit semaines d'avance pour la fin d'une semaine.

Ces délais peuvent être modifiés par convention écrite, mais ils seront d'un mois au moins pour le personnel de bureau, les techniciens et les employés similaires, et de deux semaines au moins pour les autres employés.

11. L'article 348 *a* ci-après est introduit à la suite de l'article 348 sous le titre marginal « *b*) Indemnité compensatoire » :

Si le délai fixé à l'article 348, 1^{er} alinéa, a été réduit conventionnellement et que l'employeur dénonce le contrat de travail, les employés de bureau, techniciens et employés similaires ont droit, nonobstant même toute convention contraire, à une indemnité égale au salaire calculé jusqu'à l'expiration du délai de congé légal; cette indemnité est exigible à la fin du contrat.

Lorsque le contrat d'un autre employé a duré plus de cinq ans, l'employeur peut se dispenser d'observer les délais de congé légaux ou contractuels en payant une indemnité égale au salaire calculé jusqu'à l'expiration du délai de congé.

Les prestations dues à la fin du contrat ou ultérieurement par les institutions de prévoyance en faveur du personnel peuvent être imputées

sur l'indemnité compensatoire dans la mesure des contributions versées par l'employeur.

12. L'article 350 a désormais la teneur suivante :

Sauf convention contraire, le premier mois de travail du personnel de bureau, des techniciens et des employés similaires, et les deux premières semaines de travail des autres employés sont considérés comme un temps d'essai. Celui-ci peut être porté conventionnellement à trois mois au plus pour le personnel de bureau, les techniciens et les employés similaires, et à quatre semaines au plus pour les autres employés.

Sauf convention contraire, chaque partie peut, en période d'essai, dénoncer le contrat en tout temps sept jours d'avance s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires, et trois jours d'avance s'il s'agit d'autres employés.

13. Les articles suivants sont introduits après l'article 351 :

A. Un article 351 *a* sous le titre marginal : « 6. Résiliation en temps inopportun; a) Conditions ».

Après le temps d'essai, l'employeur doit s'abstenir de dénoncer le contrat :

- a) pendant que l'employé accomplit du service militaire obligatoire en vertu de la législation fédérale (service de protection aérienne compris), ainsi que durant les deux semaines qui précèdent et les deux semaines qui suivent ce service;
- b) au cours des quatre premières semaines d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident dont l'employé est victime sans sa faute; cette période est portée à huit semaines dès la deuxième année d'emploi;
- c) au cours des huit semaines qui précèdent et des huit semaines qui suivent l'accouchement d'une employée.

Après le temps d'essai et durant les mêmes périodes, l'employé doit s'abstenir de résilier le contrat s'il est appelé à remplacer, pendant une absence due à l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent, l'employeur ou une autre personne chargée de la conduite de tout ou partie de l'entreprise.

Lorsqu'au début d'une des périodes prévues à l'alinéa 1, le contrat a déjà été dénoncé sans que le délai de résiliation soit encore expiré, il est suspendu jusqu'à la fin de cette période. Si, après avoir repris son cours, le délai n'expire pas au terme de congé légal ou contractuel, il est prolongé de plein droit jusqu'à ce terme.

B. Un article 351 *b* sous le titre marginal : « b) Conséquences » :

Lorsque l'employeur a résilié le contrat en violation de l'article 351 *a* et qu'il refuse d'occuper l'employé après la période inopportune, le salaire est dû pendant cette période et le délai de congé subséquent. Il

est cependant diminué de toutes autres prestations que l'employé reçoit pour la période inopportune.

Lorsque l'employé a résilié le contrat en violation de l'article 351 *a* et refuse de reprendre le travail après la période inopportune, l'employeur a droit à des dommages-intérêts, qui ne peuvent toutefois dépasser le salaire afférent à cette période et au délai de congé subséquent.

14. Les articles suivants sont introduits après l'article 351 *b* :

A. Un article 351 *c* sous le titre marginal : « 7. Résiliation abusive; *a*) Conditions ».

Après le temps d'essai, la résiliation du contrat par l'employeur est réputée abus de droit lorsqu'il est prouvé ou qu'il ressort sans équivoque des circonstances qu'elle a principalement pour motif :

- a*) un service militaire obligatoire de l'employé (service de protection aérienne compris);
- b*) l'acceptation ou l'exercice d'une charge publique par l'employé;
- c*) les convictions religieuses de l'employé;
- d*) le fait que l'employé appartient ou non à un groupement licite, de nature politique ou autre;
- e*) une activité licite exercée par l'employé hors de l'entreprise en vue de défendre des intérêts politiques ou professionnels;
- f*) l'accomplissement des devoirs qui incombent à l'employé au sein d'une délégation du personnel de l'entreprise;
- g*) l'exercice par l'employé de ses droits légaux ou contractuels.

Aux mêmes conditions et sauf convention contraire, la résiliation du contrat par l'employé est réputée abus de droit lorsque l'employeur se trouve dans une des éventualités prévues au 1^{er} alinéa.

Le 1^{er} alinéa, lettres *d* et *e*, ne s'applique pas aux employés qui vivent dans le ménage de l'employeur.

L'employé ou l'employeur qui fonde des prétentions sur une résiliation abusive du contrat doit prouver les circonstances dont ressort l'abus de droit. Le fait de ne pas indiquer le motif de la résiliation ne suffit pas à la rendre abusive.

B. Un article 351 *d* sous le titre marginal : « *b*) Conséquences » :

L'employé ou l'employeur qui tient la résiliation pour abusive peut faire opposition, dans les dix jours et par écrit, auprès de l'autre partie. Si le contrat n'est pas maintenu par entente entre parties, il prend fin à l'expiration du délai de congé; toutefois, si la partie lésée a formé opposition de façon valable, elle peut réclamer une indemnité.

Cette indemnité est égale au salaire d'un mois au moins et de six mois au plus s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires, de deux semaines au moins et de douze semaines au

plus s'il s'agit d'autres employés. Si les parties ne s'entendent pas sur le montant de l'indemnité, le juge le fixe en tenant compte de la gravité de la faute, de l'importance du dommage, de la durée de l'emploi, de la condition sociale de l'employé, de son rôle dans l'entreprise, ainsi que de la situation économique de l'employeur.

L'action en indemnité doit être intentée devant le juge, sous peine de déchéance, dans les trente jours dès la fin du contrat.

15. Les articles suivants sont introduits après l'article 354 :

A. Un article 354 *a* sous le titre marginal : « 3. Conséquences de la résiliation illicite; *a*) par l'employeur » :

Lorsque l'employeur rompt le contrat au mépris de la loi ou de la convention, hors des cas prévus aux articles 351 *a* et 351 *c*, l'employé a droit à son salaire jusqu'au terme fixé si le contrat a été conclu pour une durée déterminée, ou sinon jusqu'à l'expiration du délai de congé; il doit cependant imputer sur sa créance ce qui lui a valu le fait de ne plus travailler pour l'employeur, ou ce qu'il a gagné par l'emploi de son temps disponible, ou le gain auquel il aurait intentionnellement renoncé.

Si l'employeur rompt le contrat immédiatement ou avant l'expiration du délai de congé, au mépris de la loi ou de la convention, et si la résiliation est en outre abusive, l'employé peut réclamer une indemnité en vertu de l'article 351 *d*, indépendamment du droit que lui confère l'alinéa précédent.

Ces prestations sont exigibles au moment où le travail prend fin.

B. Un article 354 *b* sous le titre marginal : « *b*) Par l'employé » :

Si l'employé rompt le contrat au mépris de la loi ou de la convention, hors des cas prévus aux articles 351 *a* et 351 *c*, l'employeur a droit à une indemnité égale au salaire d'un demi-mois s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires, ou d'une semaine s'il s'agit d'autres employés; est réservé son droit à la réparation d'un préjudice plus important. L'employeur peut compenser les dommages-intérêts avec le salaire dû.

Si sa créance ne s'éteint pas par compensation, l'employeur doit intenter action, sous peine de déchéance, dans les trente jours dès la résiliation du contrat.

BIBLIOGRAPHIE ET DOCUMENTATION

Pour faciliter les recherches dans le dédale de la présente documentation juridique, nous avons divisé cette dernière en quatre parties : droit suisse, droit français, droit allemand et divers ; chaque partie, dans ses subdivisions, respecte soit l'ordre alphabétique, soit l'ordre chronologique.

1. DROIT SUISSE

a) OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

- BRODTBECK-DAEPPEN-WELTI : *Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch*. Zurich 1940.
- DAEPPEN-REYMOND : *Le Code fédéral des obligations*. Zurich 1937.
- DU PASQUIER : *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*, dans Recueil de travaux offert par la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel à la Société suisse des juristes. Neuchâtel 1929, p. 191 et s.
- *Les rapports de la loi et du juge dans la doctrine moderne et spécialement en droit suisse*. Craiova 1930.
- *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Paris et Neuchâtel 1937, 1^{re} édit. (il a paru, en 1948, une 3^e édit.).
- *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du T.F. sur l'art. 1 C.C.S.*, dans Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 31.
- EGGER : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Das Personenrecht*. Zurich 1930.
- FUNK : *Commentaire du Code fédéral des obligations*. Paris et Neuchâtel 1930.
- GUHL : *Le droit fédéral des obligations*. Zurich 1946.
- OSER-SCHÖNENBERGER : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : Das Obligationenrecht*. Zurich 1936.
- ROSSEL et MENTHA : *Manuel du droit civil suisse*. Lausanne et Genève et supplément de 1931.
- VON THUR : *Partie générale du Code fédéral des Obligations*. Lausanne 1933.
- TUOR : *Le Code civil suisse*. Zurich 1942.
- SCHNEIDER et FICK : *Commentaire du Code fédéral des obligations*. Neuchâtel 1915.

- SCHWARZ : *Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrechts.* Bâle 1949.
 SCHWEINGRUBER : *Das Arbeitsrecht der Schweiz.* Zurich 1946.
 *** *La vie juridique des peuples : Suisse.* Paris 1935.

b) THÈSES DE DOCTORAT

- COROI : *La théorie de l'abus du droit.* Genève 1910.
 GOLDENBERG : *De la nature juridique des contrats de travail.* Genève 1908.
 HUG : *Das Kündigungsrecht.* Aarau, Bd. I, 1926; Bd. II, 1927.
 LERESCHE : *L'atteinte au crédit en droit civil suisse.* Lausanne 1920.
 PERROCHET : *Essai sur la théorie de l'abus du droit.* Neuchâtel 1920.
 RICHARD : *Le contrat de travail en droit suisse.* Genève 1913.

c) REVUES ET PÉRIODIQUES

- Actes de la Société suisse des juristes.*
Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
Cartothèque du C.O. Reimann et Usteri.
Fiches juridiques suisses.
Gewerkschaftliche Rundschau.
La Vie économique.
Revue de droit suisse.
Revue suisse de jurisprudence.
Revue syndicale suisse.
Wirtschaft und Recht.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.

d) TRAVAUX PRÉPARATOIRES (ordre chronologique)

- Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Arbeit im Handel und in den Gewerben de 1935, connu sous le nom de *avant-projet Pfister*, du nom de l'auteur.
 Avant-projet d'une loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers, 1945, connu sous le nom de *avant-projet 1945*.
 Rahmengesetz über die Arbeit im Gewerbe und Handel : Variante zum amtlichen Vorentwurf 1945 ausgearbeitet von Siegrist, Zanetti und Jenzer, connue sous le nom de *Variante*.
 Entwurf Germann-Hug für ein Bundesgesetz über den Arbeitsschutz in Industrie und Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen 1948, connu sous le nom de *projet 1948*. Ce projet doit être consulté avec les deux documents suivants : « Bereinigte Ausgabe », « Erläuternder Bericht ».
 Préparation d'une loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires (loi sur le travail) de 1950, mentionnée dans notre travail sous le nom de *projet L.T.*

La documentation qui suit relate les discussions et les opinions émises au sein des commissions sur les travaux préparatoires :

Procès-verbaux des sessions de la commission préconsultative de 1943 à 1945.
 Remarques de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail au sujet des avis exprimés quant à l'avant-projet, du 2. 7. 46.

Résumé des avis des autorités, partis et associations du 15. 2. 1946 (dénommé également *Livre gris*).

Procès-verbal de la session de la grande commission d'experts, 18-21 novembre 1946.

Procès-verbaux des sessions de la petite commission d'experts de Gstaad et Faudoz (1947), puis Zermatt et Chexbres (1948).

Procès-verbal de la session de la commission fédérale des fabriques, 24-27 mai 1948.

e) Lois

Code civil suisse (art. 1, 2 et 3).

Code fédéral des obligations (art. 20, 43 et s., 156, 163, 319 et s., 706, 2° al.).

Loi fédérale restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire du 1. 4. 1949.

Loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 18. 6. 1914 (art. 20, 21 et s., 69).

Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13. 6. 1941 (art. 16).

Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30. 6. 1927 (art. 23 et 52 et s.).

f) ARTICLES LES PLUS IMPORTANTS PARUS DANS LES REVUES ET PÉRIODIQUES CITÉS SOUS LETTRE C CI-DESSUS (ordre chronologique)

MARTIN : L'abus du droit et l'acte illicite. *R.dr.s.* 1906, vol. 25, p. 21 et s., plus particulièrement p. 24 à 28 et 50 et s.

SCHWEINGRUBER : Die Entwicklung des Dienstvertragsrechtes durch die Gerichtspraxis. *Z.B.J.V.* 1932, N° 68, p. 201 et s. et 249 et s., spécialement p. 213 et s. et 269 et s.

GOERIG : Das neue deutsche Arbeitsrecht. *R.dr.s.* 1934, N° 53, p. 130 et s., spéc. p. 141.

GOLDSCHMIDT : Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht. *R.s.jur.* 1939, 36 Jg., Heft 12, p. 165 et s.

SCHWEINGRUBER : Gibt es ungerechte Kündigungen ? *Gewerks. Rund.* 1942, 34, N° 12, p. 377 et s.

SCHWEINGRUBER : De la réforme du contrat de travail. *R. synd. s.* 1945, 4° fasc., p. 215 et s., spéc. p. 220.

TSCHUDI : Neue Entwicklungen im schweizerischen Arbeitsrecht, *R. s. jur.* 1947, 43 Jg., Heft 3, p. 33 et s. et 56 et s., spéc. p. 37.

NAEGELI : Grundzüge einer gesetzlichen Regelung der Arbeit im Handel und in den Gewerben. *Actes. soc. jur.* 1948, fasc. 2, p. 249 et s., spéc. 422 et s.

GRISEL : La réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat. *Actes soc. jur.* 1948, fasc. 2, p. 457 et s., spéc. 511 et s.

HUECK : Die heutige Lage des Arbeitsrechts in Deutschland. *Wirt. u. R.* 1949, N° 1, p. 47 et s.

SCHWEINGRUBER : Arbeitsrecht. *Wirt. u. R.* 1949, N° 1, p. 61 et s.

GERMANN : Grundzüge des Arbeitsgesetzentwurfs. *Wirt. u. R.* 1949, N° 3, p. 145 et s., spéc. 151, et N° 8, p. 152.

g) JURISPRUDENCE

Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Journal des tribunaux.
Jurisprudence du travail dans *La Vie économique.*
La Semaine judiciaire.

2. DROIT FRANÇAIS

a) OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

- BONNECARRÈRE, LABORDE-LACOSTE, CRÉMIEU : *Précis élémentaire de droit civil.* Paris 1937, 3^e édit.
CROQUEZ : *La Charte du travail.* Paris 1942.
DEFROIDMONT : *La science du droit positif.* Paris 1933.
DEMOGUE : *Traité des obligations en général.* Paris 1923.
DURAND et VITU : *Traité de droit du travail.* Paris 1950.
FARGEAUD : *Le problème de l'embauchage et du licenciement de la main-d'œuvre.* Paris 1939.
GAZIER : *L'employé — ses droits — ses devoirs.* Paris 1941.
HUGONET : *L'année juridique*, t. 1, 1948.
JOSSE RAND : *De l'esprit des droits, I: Théorie dite de l'abus des droits.* Paris 1939.
JOSSE RAND : *Cours de droit civil.* Paris 1933, 2^e édit.
PLANIOL : *Traité élémentaire de droit civil* (coll. Ripert et Boulanger). Paris 1948, 4^e édit.
RENARD : *La philosophie de l'institution.* Paris 1939.
RIFFARD : *La jurisprudence devant les conseils de prud'hommes.*
RIPERT : *La règle morale dans les obligations civiles.* Paris 1949, 4^e édit.
ROUAST et DURAND : *Précis de législation industrielle.* Paris 1948, 3^e édit.
SAVATIER : *Cours de droit civil.* Paris 1944.

b) THÈSES DE DOCTORAT

1. De Paris :

- CHARRIÈRE : *La rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée*, 1932.
DANTIER : *De l'indemnité due en cas de rupture du contrat de travail*, 1907.
DUPONT : *La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée*, 1932.
FERRAND : *De la résiliation du louage de services à durée indéterminée*, 1897.
MARSON : *L'abus du droit en matière de contrat*, 1935.
MEUNIER : *La résiliation du contrat de travail pour cause de suppression d'emploi ou de réduction d'activité de l'entreprise*, 1941.
PRIEUR : *L'abus des droits dans la formation et dans la dissolution du contrat de travail*, 1942.
REUFLET : *La rupture du contrat de travail*, 1905.
SAINT-RÉMY : *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion*, 1928.

2. De province :

- DOMERGUE : *Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*. Toulouse 1935.
DULLIN : *Du régime juridique du congédiement*. Grenoble 1940.
DUPOUX : *L'indemnité de licenciement*. Rennes 1942.
KRAUTHAMMER : *Influence de la conduite et de la situation de l'employé sur le droit de congédiement de l'employeur dans les jurisprudences allemande et française*. Lyon 1932.
SUBERVIE : *L'embauchage et le débauchage des travailleurs salariés*. Bordeaux 1939.
SOURY : *Essai sur les principes directeurs du droit civil français des obligations dans son état présent*. Bordeaux 1939.
VINCENT : *La dissolution du contrat de travail. Etude comparative du droit allemand et du droit français*. Lyon 1935.

c) REVUES ET PÉRIODIQUES

Code de travail annoté
Droit social
Guide du travail
Informateur du chef d'entreprise.
Juris-classeur du travail.
Questions prud'homales.
Revue trimestrielle.

d) LOIS

Code civil français.
Loi du 27. 12. 1890.
Loi du 19. 7. 1928.
Loi du 5. 2. 1932.
Code de travail (art. 20 à 23 du Livre I^{er}).

e) JURISPRUDENCE

Recueil Dalloz.
Recueil Sirey.

3. DROIT ALLEMAND

a) OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

- *** *Arbeitsrecht* (Brit. Zone). 1948.
CITRON-HESSEL : *Grundlage des Einzelarbeitsrechts*, 1949.
DIETZ : *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, 1934.
DRAPPEL : *Kündigung und Kündigungsbeschränkungen im Arbeitsrecht und deren Bedeutung für den Betrieb*, 1931.
GITTERMANN : *Die Neugestaltung des Arbeitsrechts in Deutschland*, 1929.
GYSIN : *Das deutsche Nachkriegs-Arbeitsrecht, dans la Gewerks. Rund.* 1949, 41 Jg., N° 1.
HELM : *Grundfragen des Arbeitsrechts*, 1948.
HUECK : *Die heutige Lage des Arbeitsrechts in Deutschland* (déjà indiqué sous « droit suisse », lettre f).
HUECK, NIPPERDEY, DIETZ : *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, 1934.

KAHN-FREUND :	<i>Beiträge zum Neuaufbau des deutschen Arbeitsrechts</i> , 1944.
MANSFELD :	<i>Die Ordnung der nationalen Arbeit</i> , 1934.
MAUS :	<i>Das deutsche Arbeits- und Sozialrecht</i> , 1948.
MOLITOR :	<i>Die Kündigung</i> , 1935.
MÜNZ :	<i>Die Gesetze zur Ordnung der nationalen Arbeit</i> (non daté).
NIKISCH :	<i>Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit</i> (non daté).
PLANCK :	<i>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i> , 1928.
SAVAÈTE :	<i>Grundfragen des Arbeitsrechts</i> , 1949.
ZELLMER :	<i>Das Arbeitsrecht der Kriegswirtschaft</i> , I et II, 1940.

b) REVUES

Die Arbeit (Sowiet. Zone), paraît depuis 1947.
Recht der Arbeit (zone occidentale), paraît depuis 1948.

c) PROJET

Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes, dans *R. d. Arb.*, 1950, Heft 2, p. 63 et s.
et 1951, Heft 2, p. 58 et s.

d) LOIS PRINCIPALES

Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920.
Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896.
Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934.
Gewerbeordnung vom 21. 6. 1869 et 26. 6. 1900.
Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897.
Kündigungsschutzgesetze :
Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. 7. 1926.
Gesetz von Bayern vom 1. 8. 1947.
Gesetz von Württemberg-Baden vom 18. 8. 1948.
Kündigungsschutzgesetz vom 10. 8. 1951.
Mutterschutzgesetze :
Gesetz über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft vom 16. 7. 1927.
Gesetz vom 17. 5. 1942.
Schwerbeschädigtergesetze :
Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 6. 4. 1920 und 12. 1. 1923.

4. DIVERS

Revue internationale du travail.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Avant-propos</i>	5
<i>Abréviations</i>	7
<i>Introduction</i>	9

PREMIÈRE PARTIE

L'ABUS ET LA RÉSILIATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

CHAPITRE PREMIER. <i>Exposé du problème</i>	13
CHAPITRE II. <i>Abus des droits</i>	17
Section 1. <i>Historique</i>	17
Section 2. <i>Notions</i>	20
Section 3. <i>Critères</i>	22
§ 1. <i>Imprécision des critères admis</i>	22
§ 2. <i>Etude des critères</i>	24
CHAPITRE III. <i>Résiliation du contrat de travail</i>	33
CHAPITRE IV. <i>Cas de résiliation abusive du contrat de travail</i> .	39
CHAPITRE V. <i>Motif légitime, motif abusif et justes motifs</i> . .	57

DEUXIÈME PARTIE

LES CONDITIONS DE LA RÉSILIATION ABUSIVE DU CONTRAT DE TRAVAIL

CHAPITRE VI. <i>Droit positif suisse</i>	61
Article 2 C.C.	62
Absence d'une réglementation sur les conditions d'une résiliation abusive	64

CHAPITRE VII. <i>Exposé de droit étranger</i>	69
Le droit français	70
Le droit allemand.	76
CHAPITRE VIII. <i>Activité législative suisse actuelle</i>	85
Avant-projet de 1945	85
Projet de loi sur le travail de 1950.	88
CHAPITRE IX. <i>Différentes solutions juridiques du problème</i> . .	91
Section 1. La prolongation du délai de congé et les indemnités de licenciement	91
Section 2. La résiliation abusive	94
Section 3. Propositions	97

TROISIÈME PARTIE

LES CONSÉQUENCES DE LA RÉSILIATION ABUSIVE DU CONTRAT DE TRAVAIL

CHAPITRE X. <i>Maintien ou rupture du contrat</i>	103
CHAPITRE XI. <i>Indemnité</i>	105
Section 1. Diverses indemnités pour cause de résiliation .	105
Section 2. Indemnité de résiliation abusive	106
§ 1. Nature juridique	107
§ 2. Mode de calcul	108
§ 3. Garantie du paiement	113

QUATRIÈME PARTIE

LA PROCÉDURE EN MATIÈRE DE RÉSILIATION ABUSIVE DU CONTRAT DE TRAVAIL

CHAPITRE XII. <i>Procédure applicable</i>	119
CHAPITRE XIII. <i>Délai pour agir</i>	125
CHAPITRE XIV. <i>Fardeau de la preuve</i>	127

<i>Conclusions et proposition d'une réglementation</i>	131
<i>Appendice</i>	135
<i>Bibliographie et documentation</i>	141
<i>Table des matières</i>	147

Achevé d'imprimer
le 28 février 1952
sur les presses de l'imprimerie
Delachaux & Niestlé s. a.
Neuchâtel (Suisse)

